RECHERCHE D'UNE SOLUTION AU PROBLÈME DU PARTAGE DES BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX SITUÉS DANS UNE RÉSERVE APRÈS UNE RUPTURE CONJUGALE :

ÉTUDE DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS, DE LA FONCTION D'OMBUDSMAN ET DES MODES DE RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE

par
Jo-Ann E.C. Greene

pour
Affaires indiennes et du Nord Canada
Direction des questions féminines et de l'égalité entre les sexes
(819) 953-9857

Mai 2003

Cette étude a été réalisée dans le cadre d'un mandat confié par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien à la consultante Jo-Ann E.C. Greene. Les points de vue qui y sont exprimés sont ceux de l'auteure et ne reflètent pas nécessairement ceux du Ministère.

Publié avec l'autorisation du ministre
des Affaires indiennes et du Nord canadien,
Ottawa, 2003
www.ainc-inac.gc.ca
1-800-567-9604
ATS seulement 1-886-553-0554

QS-7048-000-FF-A1
N° de catalogue R2-270/2003F
ISBN 0-662-89709-9

© Ministre des Travaux publics et
Services gouvernementaux Canada

This publication is also available in
English under the title:
Towards Resolving the Division of On-reserve Matrimonial Real Property Following Relationship Breakdown: A Review of Tribunal, Ombuds, and Alternative Dispute Resolution Mechanisms

Table des matières

Introduction 1

Les tribunaux administratifs 1
- Introduction 1
- Exemples de tribunaux administratifs 3
  - Canada 3
    - La Commission des revendications des Indiens 3
    - La Commission canadienne et le Tribunal canadien des droits de la personne 4
  - Australie 7
    - L'Australian National Native Title Tribunal 7
  - Nouvelle-Zélande 8
    - Waitangi Tribunal 9
    - Maori Land Court 11
- Autres observations au sujet des tribunaux administratifs 14

Les ombudsmans 16
- Introduction 16
  - Canada 17
  - Nouvelle-Zélande 19
- Autres observations au sujet des ombudsmans 20

Les modes de règlement extrajudiciaire 22
- La négociation 23
  - Canada 24
    - La *Ridgewood Foundation for Community-Based Conflict Resolution (Int'l)* 24
- La médiation 26
- Les formules mixtes 27
  - Canada 28
    - Les formules mixtes prescrites par la loi 28
    - La gestion des causes en Ontario 28

Les instances parajudiciaires 32
- L'arbitrage 32
  - Canada 33
    - Le Treaty Four Governance Institute 33
- Police et possession exclusive de la résidence familiale 35
  - Intervention en cas de violence domestique 35
  - Rôle de la police autochtone dans l'application des règlements extrajudiciaires 37
  - La justice réparatrice 37
- Les tribunaux autochtones au Canada 38
  - La *Saskatchewan Cree Court* 39
  - Le programme *Peacemaking* de la nation Tsuu T'ina 40
  - La *Gladue (Aboriginal Persons) Court* 40

Conclusion 41

RECHERCHE D'UNE SOLUTION AU PROBLÈME DU PARTAGE DES BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX SITUÉS DANS UNE RÉSERVE APRÈS UNE RUPTURE CONJUGALE :

ÉTUDE DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS, DE LA FONCTION D'OMBUDSMAN ET DES MODES DE RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE

Introduction

Les tribunaux judiciaires canadiens ont jugé que les lois provinciales prévoyant une répartition à parts égales des biens immobiliers matrimoniaux ne s'appliquent pas aux femmes des premières nations parce que c'est la *Loi sur les Indiens*[1], et non les lois provinciales, qui régit les biens immobiliers dans les réserves. Or, puisque la *Loi sur les Indiens* ne traite pas des biens matrimoniaux, « la plupart des droits légaux et des recours judiciaires concernant le foyer matrimonial énoncés dans les lois canadiennes et s'appliquant en dehors des réserves ne concernent pas les personnes vivant dans les réserves »[2].

La Direction des questions féminines et de l'égalité entre les sexes d'Affaires indiennes et du Nord Canada a demandé à l'auteure de mener une étude des mécanismes de règlement extrajudiciaire, de leurs modalités d'application et des recours qui s'y rapportent. La présente étude a pour objet de décrire et d'évaluer les avantages et les inconvénients de ces mécanismes en évoquant, s'il y a lieu, la possibilité de les appliquer ou de les adapter au partage des biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve au moment d'une rupture. Nous passerons donc en revue les tribunaux administratifs, la fonction d'ombudsman et les processus de règlement extrajudiciaire que sont la négociation, la médiation et les formules mixtes avant de nous pencher brièvement sur des aspects corollaires du partage des biens immobiliers, tels l'action policière, la possession exclusive de la résidence et les tribunaux autochtones. Dans les cas qui nous paraissent appropriés, nous examinerons la situation en Australie et en Nouvelle-Zélande.

Les tribunaux administratifs

Introduction

Le *Canadian Law Dictionary* donne la définition suivante de *tribunal* : "*An officer or body having authority to adjudicate judicial or quasi-judicial matters*[3]." Un tribunal administratif est

---

[1] *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5 [*Loi sur les Indiens*].

[2] Affaires indiennes et du Nord Canada, *Après la rupture du mariage - Informations sur le foyer matrimonial dans la réserve*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 2003 à la p. 1. On trouvera une étude détaillée des problèmes juridiques liés aux biens réels matrimoniaux situés dans une réserve notamment dans W. Cornet et A. Lendor, *Document de travail : les biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves*, Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 2002. [Cornet]

[3] *Canadian Law Dictionary*, 4e éd., *s.v.* « tribunal ». [N.D.T. : « Instance, collégiale ou non, appelée à statuer sur des questions d'ordre judiciaire ou quasi-judiciaire » [**traduction du Bureau de la traduction**]. Les propos de l'auteure montrent que le terme est employé en anglais dans un sens restrictif qui correspond à la notion de « tribunal administratif », terme que nous retenons ici. En anglais, selon l'usage juridique répandu au Canada, "*court*" s'oppose à "*tribunal*", alors qu'en français, le mot « tribunal » est un générique qui englobe à la fois les cours de justice, la juridiction judiciaire, et les tribunaux administratifs, la juridiction administrative. On distingue

(à suivre...)

établi par une loi du Parlement fédéral ou d'une législature provinciale ou territoriale, qualifiée « d'habilitante », dans le but de procurer une solution de rechange à l'appareil judiciaire pour le règlement de certains types de litiges. La loi habilitante indique quelle est la compétence juridictionnelle du tribunal et sur quel genre de décisions particulière il est autorisé à statuer. Elle énonce aussi généralement des lignes directrices au sujet des modalités et de la procédure tout en définissant l'étendue et les limites de la compétence attribuée au tribunal, de ses voies d'exécution et des recours qui sont ouverts le cas échéant à l'encontre de ses décisions. Pour que les parties soient liées en droit par la décision du tribunal administratif, il faut que la loi habilitante le précise. Par ailleurs, si un tribunal administratif sort du champ juridictionnel que lui attribue sa loi, il commet une erreur de droit et sa décision ou sa mesure peut être cassée ou infirmée au moyen d'un appel interjeté au tribunal judiciaire compétent.

Peter Showler, président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, rappelle que les tribunaux administratifs ne sont pas homogènes : il existe au Canada au moins 1 500 tribunaux administratifs dont les statuts sont des plus variés, allant des organes quasijudiciaires aux organismes de réglementation, traitant de politique gouvernementale ou chargés de fonctions administratives[4]. La jurisprudence canadienne a établi qu'un tribunal administratif doit respecter les principes de justice naturelle et d'équité procédurale. Les tribunaux administratifs, qui constituent ce qu'on appelle parfois la « justice administrative », se distinguent souvent de l'appareil judiciaire par leurs procédures simplifiées, par le fait qu'ils ne conservent pas de transcription officielle et par l'absence de motivations écrites de leurs décisions. Tous les tribunaux administratifs ne requièrent pas nécessairement la tenue d'une audience ni la présentation de mémoires pour prendre connaissance des positions; par exemple, dans certaines provinces, c'est un tribunal administratif qui statue sur les demandes de permis d'alcool. Un tribunal peut être constitué d'une seule personne ou d'une formation collégiale. La justice de ses décisions est intimement liée à l'impartialité de ses membres et à leur indépendance par rapport au gouvernement et à toute autre influence externe.

Comme nous l'avons vu dans l'introduction de la présente étude, les tribunaux judiciaires ont jugé que le partage des biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve au moment d'une rupture conjugale relève du droit fédéral. Autrement dit, le gouvernement fédéral pourrait combler le vide législatif actuel au moyen d'une loi instituant un tribunal administratif chargé de cette question. Si cette loi devait ouvrir des voies de recours à une juridiction d'appel, celles-ci relèveraient de la Cour fédérale du Canada.

---

[3](...suite)
encore au Canada les tribunaux administratifs, qu'on qualifie d'instances judiciaires ou quasi-judiciaires, des organismes administratifs purs et simples, les premiers statuant sur les droits des parties, les seconds appliquant des politiques administratives. Les tribunaux administratifs sont en fait des "organismes" administratifs d'un genre particulier dotés d'une compétence juridictionnelle (dite « judiciaire ou quasi-judiciaire »); en tant qu'organismes administratifs ils sont sujets au contrôle (judiciaire) des tribunaux judiciaires : les cours de justice.]

[4] Peter Showler, « La gestion du tribunal : pour une agilité accrue », communication présentée au 18e Congrès annuel du Conseil des tribunaux administratifs canadiens, Ottawa, 3 juin 2002 [non publié, co-auteur : L. Disenhouse], en ligne : Conseil des tribunaux administratifs canadiens <http://www.ccat-ctac.org/fr/conferences/docs/2002_showler.pdf>.

Exemples de tribunaux administratifs

Canada

La Commission des revendications des Indiens

La Commission des revendications des Indiens (CRI) a été créée par décret en 1991 en tant qu'organe provisoire pour régler les dossiers de revendications particulières rejetées sans passer par l'appareil judiciaire. Commission d'enquête relevant de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*[5], la CRI doit par conséquent se limiter à la formulation de recommandations après étude des motifs de rejet. Les formations de la CRI examinent tous les éléments de preuve dont ils disposent pour déterminer si le Canada continue d'avoir une obligation légale à l'égard du demandeur selon la politique canadienne relative aux revendications particulières[6].

Si nous nous attardons à la CRI, c'est parce que son fonctionnement s'apparente à celui d'un tribunal administratif et aussi parce que la CRI a accumulé un riche corpus depuis son institution, il y a plus de dix ans, sur les règles devant s'appliquer à un organe indépendant et permanent d'étude des revendications particulières[7]. Ainsi, les recommandations de la CRI pourraient intéresser quiconque envisage la création d'un tribunal administratif pour le règlement des dossiers de partage des biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve.

La principale recommandation de la CRI est la suivante : que l'organe saisi des revendications particulières puisse statuer comme une instance décisionnelle et que ses décisions lient les parties[8]. On recommande en outre qu'il soit indépendant de toute influence extérieure[9]. Voici quelques autres recommandations liées spécialement à la CRI :

> [TRADUCTION]
>
> a) La Commission devrait avoir le mandat de formuler des conclusions sur les faits et de rendre des décisions au sujet de toutes les revendications [...].
> b) Elle devrait avoir le mandat d'instaurer des mécanismes de règlement extrajudiciaire tels que la négociation, la médiation et la conciliation, ainsi que le pouvoir d'y rattacher des délais.
> c) Elle devrait avoir le pouvoir de prendre certaines libertés à l'égard des des règles strictes de procédure et de preuve pendant ses audiences afin de pouvoir adopter une approche biculturelle.
> d) Elle devrait être un organe national où les régions et les premières nations de

---

[5] *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. 1985, c. I-11.

[6] Canada, *Dossier en souffrance : Une politique des revendications des autochtones - Revendications particulières*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1982.

[7] Déposée par Robert Nault, ministre d'Affaires indiennes et du Nord Canada, le 13 juin 2002 pendant la 1re session de la 37e législature à titre de projet de loi C-60, et actuellement au Feuilleton de la 2e Session à titre de projet de loi C-6, la *Loi sur le règlement des revendications particulières*, une fois promulguée, créera un organe permanent appelé le Centre canadien de règlement indépendant des revendications particulières.

[8] D. Bellegarde et P.E. Prentice, *Droits de la personne, justice et nécessité d'un organisme indépendant d'examen des revendications au Canada*, mémoire présenté au Comité permanent de la Chambre des communes sur les affaires autochtones, 29 mai 2001 à la p. 4 [non publié].

[9] *Ibid.* à la p. 12.

tout le pays sont bien représentées dans toute leur diversité.

e) Le nombre de commissaires devrait être suffisant pour permettre la tenue de plus d'une audience à la fois. Chaque commissaire devrait être rattaché à une région.

f) Les commissaires devraient bien connaître le domaine des revendications territoriales et leurs enjeux. Ils devraient être nommés à la fois par le gouvernement fédéral et par les premières nations selon une formule paritaire.

g) La Commission devrait disposer de ressources, notamment financières, suffisantes pour exécuter son mandat et pour procurer des ressources financières aux auteurs des revendications.

h) La Commission devrait jouer un rôle actif dans les règlements extrajudiciaire et devant les instances qui le facilitent.

I) Une voie de recours à la Cour supérieure devrait être ouverte, sur les mêmes bases que celles qui s'appliquent aux appels des décisions d'un tribunal administratif[10].

Ces recommandations recensent en fait les lacunes du processus actuel de la CRI. Bien qu'elles visent spécialement les revendications particulières, elles ne sont pas sans intérêt pour quiconque envisage l'établissement d'un tribunal administratif mandaté pour statuer sur les biens immobiliers matrimoniaux situés sur une réserve.

Le processus d'enquête de la CRI se distingue notamment par la « session communautaire », séance collective de témoignages à l'occasion de laquelle la CRI et les parties en présence se rendent dans la collectivité de la première nation en cause. La formation de la Commission qui doit statuer sur l'existence d'une obligation juridique entend le témoignage des aînés et des membres de la collectivité et une transcription de la séance est versée au dossier. La session communautaire a pour objet de fournir aux membres des premières nations une occasion de s'exprimer sans crainte, dans un cadre informel; il n'y a pas de contre-interrogatoire. Un autre avantage de la session communautaire réside dans le fait que la formation de la Commission peut voir les lieux.

La Commission canadienne et le Tribunal canadien des droits de la personne

La *Loi canadienne sur les droits de la personne*[11] traite de la constitution de la Commission canadienne et du Tribunal canadien des droits de la personne (CCDP et TCDP) et leur attribue leur compétence. Cette loi porte sur la discrimination et l'équité salariale pour les ministères, les sociétés et les fournisseurs de services au grand public fédéraux. La Commission et le Tribunal ont tous deux pour but de faire respecter le principe selon lequel « les Canadiens ont

---

[10] La CRI a publié ces recommandations visant la création d'un organe permanent d'examen des revendications particulières dans un numéro spécial sur la réforme des revendications territoriales : A. Durocher, *La réforme du processus des revendications territoriales* [1995] 2 ACRI 25 aux pp. 57-58.[Traduction du Bureau de la traduction.]

[11] *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6 [*LCDP*].

droit à l'égalité des chances, au traitement équitable et à un environnement exempt de discrimination »[12]; cependant, sur le plan administratif, ils fonctionnent séparément.

La première étape, pour faire valoir un droit, consiste à porter officiellement plainte à la CCDP. Le Tribunal n'entend que les plaintes dont il est saisi par la Commission. Avant qu'une plainte soit officiellement reçue, un responsable détermine si la question relève de la *LCDP* et, par conséquent, de la CCDP.

Il y a deux moments, au cours de la procédure suivie devant la CCDP, où l'on suggère une voie extrajudiciaire. Premièrement, après le dépôt de la plainte, l'agent de la CCDP suggère la médiation; deuxièmement, une fois que la Commission a étudié le rapport de l'enquêteur, les prétentions des parties en réponse et recherché si les preuves rapportées semblent confirmer la plainte, on nomme un conciliateur, qui tente de trouver une solution de concert avec les parties sans recourir à une procédure plus formelle. S'il n'y a pas règlement passé un certain délai, la Commission, soit déboute le plaignant, soit saisit le TCDP de la plainte.

Si une entente intervient en cours d'instance devant la Commission, celle-ci peut soit l'approuver, soit la rejeter[13]. Si elle l'approuve, elle ou une des parties peut demander une ordonnance de la Cour fédérale pour la faire appliquer. Les termes de la *LCDP* impliquent que cette ordonnance n'est pas indispensable[14].

Une entente entre deux parties ou plus, qu'elle soit verbale ou écrite, constitue un contrat dont l'application peut être forcée en vertu des règles du droit conventionnel au besoin[15]. Il vaut toujours mieux conclure un accord écrit, signé devant témoins, parce que la preuve de ce genre de contrat est plus facile à faire. Cependant, si une partie peut prouver qu'elle a conclu une entente sous la contrainte ou par abus d'influence, une cour de justice peut déclarer le contrat nul et non avenu, qu'il soit verbal ou écrit, comme s'il n'avait jamais existé. Puisque l'inégalité entre conjoints, par mariage ou de fait, et la violence domestique constituent des problèmes fréquents dans une rupture, il pourrait peut-être s'avérer utile d'examiner les ententes conclues entre conjoints au sujet du partage des biens immobiliers situés sur une réserve selon un modèle comparable à celui de la CCDP, surtout en vue de s'assurer, entre autres, que l'entente ne résulte pas d'une contrainte ou d'un abus d'influence.

Si la plainte est renvoyée au TCDP, une formation du tribunal, composée d'un membre unique ou de trois, choisis par la présidence du Tribunal, procède à son instruction. Si la formation se compose de trois personnes, la présidence en nomme une pour présider les travaux pendant l'instruction. La présidence peut aussi faire partie de la formation et la présider.

La formation est habilitée à examiner toutes « les questions de droit et les questions de fait dans les affaires dont [elle] est saisi »[16]. Le TCDP n'est pas lié par les règles de preuve et peut

---

[12] [Page d'accueil], en ligne : Tribunal canadien des droits de la personne <http://www.chrt-tcdp.gc.ca/index_f.asp>.

[13] *LCDP*, *supra* note 11, art. 48(1).

[14] *Ibid.*, art. 48(3).

[15] En supposant que les éléments fondamentaux d'un contrat sont présents dans l'entente.

[16] *LCDP*, *supra* note 11, art. 50(2).

admettre toute information pertinente ne faisant pas l'objet du secret professionnel. La formation bénéficie d'une certaine latitude en ce qui concerne le choix des parties à mettre en cause, les délais de procédure, le choix des éléments de preuve, leur mode d'administration et l'indemnisation des témoins cités. Elle a le pouvoir de citer des témoins, de les contraindre à comparaître et de leur faire prêter serment[17].

Une formation du TCDP peut condamner aux dépens et au paiement d'indemnités. L'homologation judiciaire de cette ordonnance aura pour effet que, si la partie condamnée n'exécute pas l'ordonnance, un recours, à la Cour fédérale, sera ouvert à la partie adverse. À tout moment, en tout état de la cause, lorsque la Commission ou le Tribunal rend une décision, une des parties peut en demander le contrôle à la Cour fédérale.

Les deux occasions prévues dans la procédure de la CCDP pour proposer une voie extrajudiciaire concourent à la fonction générale d'un tribunal administratif, soit chercher des solutions de règlement extrajudiciaire. D'ailleurs, même si la CCDP n'arrive pas à dénouer l'affaire et que celle-ci est renvoyée au TCDP, on demeure en marge de l'appareil judiciaire. Lorsque le TCDP est saisi d'un dossier, les parties peuvent encore conclure une entente avant que l'instruction de la plainte ne soit décidée. Dès lors que l'instruction a été décidée, les parties n'ont d'autre choix que de s'en remettre à l'ordonnance qui les liera.

La formule double Commission-Tribunal entraîne parfois des longueurs. Il peut en résulter des difficultés morales et financières, surtout pour le plaignant. Ces facteurs sont importants quand on cherche à établir des mécanismes appropriés pour la résolution des problèmes de partage des biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve au moment d'une rupture conjugale.

En résumé, l'auteur estime que les aspects avantageux de la Commission canadienne des droits de la personne sont les suivants :

- Sa procédure prévoit des possibilités de règlement extrajudiciaire;
- Elle favorise les programmes éducatifs sur la discrimination;
- Elle saisit le Tribunal des plaintes au nom du plaignant.

Les aspects avantageux du Tribunal canadien des droits de la personne sont les suivants :

- La présidence est habilitée à rédiger des règles pertinentes de procédure pour le Tribunal.
- Les décisions du Tribunal lient les parties et leur exécution peut être demandée aux tribunaux judiciaires.

Les inconvénients de la CCDP et du TCDP sont les suivants :

- La Commission peut demeurer saisie d'une plainte pendant des années avant de la déférer au Tribunal.
- La formule à deux têtes nécessite un effectif important, car un enquêteur ne peut être conciliateur et ni l'enquêteur ni le conciliateur ne peuvent être membres du Tribunal.

---

[17] *Ibid.*, art. 50(3)*a*)-*b*).

Australie

L'Australian National Native Title Tribunal

Mabo v. Queensland (No. 2)[18] est la première affaire judiciaire en Australie dans laquelle a été reconnue l'existence du titre aborigène et du droit des Autochtones de jouir de leur territoire traditionnel lorsqu'il existe encore. À la suite d'un arrêt de la *High Court of Australia*, le gouvernement fédéral a adopté la *Native Title Act 1993*[19], qui institue un tribunal administratif indépendant, le *National Native Title Tribunal* [le Tribunal national sur le titre aborigène] (NNTT).

Lorsque la *Federal Court* est saisie d'une requête concernant un titre aborigène, elle la renvoie au NNTT pour que celui-ci vérifie si la partie demanderesse a droit à l'enregistrement[20]. Dans l'affirmative, le Native Title Registrar[21] enregistre la requête, ce qui accorde certains droits à la partie demanderesse durant l'instance.

Le NNTT ne peut statuer sur l'existence du titre aborigène. Son mandat est de réunir les parties afin qu'ils s'entendent sur les droits et sur les autres intérêts liés au titre aborigène par la négociation, la médiation ou les bons offices et l'arbitrage[22]. Pour ce faire, le NNTT facilite notamment les négociations portant sur l'utilisation future et l'aménagement du territoire pouvant faire l'objet d'un titre aborigène, par exemple sur la possibilité ou non d'y mener des activités de prospection ou d'exploitation minière ou d'y faire passer un pipeline[23].

La *Native Title Act* autorise la *Federal Court* à rendre une ordonnance homologuant l'entente conclue entre les parties à l'issue de la médiation ou de l'arbitrage du NNTT dès lors qu'elle juge que la teneur de cette entente est de sa compétence d'homologation. L'entente

---

[18] *Mabo v. Queensland (No. 2)*, (1992) 175 CLR 1 (H.C. Aust.).

[19] *Native Title Act 1993*, No. 110, 1993, en ligne : SCALEplus Law Resource <http://scaleplus.law.gov.au/html/pasteact/2/1142/pdf/NativeTitle93.pdf> [*Native Title Act*]; [Loi sur le titre aborigène].

[20] *Ibid.*, 63, 64(4), 190A(6).

[21] Les modalités de nomination et les pouvoirs du *Native Title Registrar* [le Conservateur du registre des titres aborigènes], responsable du *Register of Native Title Claims* [Le Registre des revendications de titres aborigènes], du *National Native Title Register* [le Registre national des titres aborigènes] et du *Register of Indigenous Land Use Agreements* [le Registre des accords d'usage des territoires indigènes], sont précisés dans la partie 5 de la *Native Title Act*.

[22] Selon la modification apportée par la *Native Title Amendment Act 1998*, No. 97, 1998 [la Loi modifiant la Loi sur le titre aborigène] .

[23] La facilitation de la négociation des Indigenous Land Use Agreements fait aussi partie des fonctions du NNTT. Il existe plusieurs types d'Indigenous Land Use Agreements, et tous ont une valeur contractuelle une fois signés. Pour en savoir plus, consulter la division 3 de la partie 2 de la *Native Title Act*, intitulée *Future acts etc. and native title*. Voir aussi P. Lane, « A Quick Guide to ILUAs For Governments », communication présentée au National Native Title Tribunal Agreements Workshop, Melbourne (Australie), 13 septembre 2000, en ligne : National Native Title Tribunal <http://www.nntt.gov.au/metacard/files/Speech/Quick_Guide_to_ILUAs_for_Governments.pdf> à la p. 3.

homologuée ne comporte pas nécessairement la reconnaissance d'un titre aborigène car les parties peuvent parfois se satisfaire d'accords qui ne règlent pas ce point[24].

Si les parties ne parviennent pas à un accord devant le NNTT, la *Federal Court*, après audition de témoignages sur les intérêts respectifs des parties, soit renvoie l'affaire au NNTT pour médiation, soit, après audience et débats, statue sur la question du titre aborigène[25].

La fonction du *National Native Title Tribunal* en Australie est essentiellement administrative. Il n'y a que deux points sur lesquels le tribunal dispose d'une certaine marge de manoeuvre : le premier consiste à déterminer si la requête répond aux critères d'enregistrement, ce qui accorde un statut spécial à la partie demanderesse en attendant l'issue du dossier; le second consiste, pendant les séances d'arbitrage et à la demande de la Federal Court, à rendre une décision convenue en fonction des éléments de preuve.

En résumé, nous estimons que les aspects avantageux du *National Native Title Tribunal* sont les suivants :

- Tous les intéressés sont invités à participer.
- Il fournit une voie de rechange au recours judiciaire.
- Les ententes conclues entre les parties ont une valeur contractuelle aux fins de leur exécution.
- La Federal Court peut rendre une ordonnance pour forcer l'exécution d'une entente.

Les inconvénients du *National Native Title Tribunal* comprennent les suivants :

- Le NNTT n'aucune compétence juridictionnelle (quasi-judiciaire), il ne peut statuer sur la question du titre aborigène.
- Malgré un statut d'indépendance, le NNTT demeure rattaché à la *Federal Court*.
- La procédure suivie au NNTT n'a rien à voir avec les modes autochtones de règlement des litiges.

Nouvelle-Zélande

Si le Canada a signé de multiples traités avec ses Autochtones, le peuple autochtone de Nouvelle-Zélande, les Maoris, n'en a conclu qu'un seul avec le gouvernement colonial britannique : le traité de Waitangi en 1840. La *Treaty of Waitangi Act, 1975*[26], promulguée aux fins de l'exécution des dispositions du traité, prévoit la création d'une commission d'enquête permanente appelée le Waitangi Tribunal. Quant à la Maori Land Court, également créée par la loi, elle enregistre les titres de propriété foncière et traite des questions relatives aux titres

---

[24] *Native Title Act*, *supra* note 19, art. 87.

[25] On trouvera un schéma de la procédure dans la publication du NNTT intitulée *What happens when there is a native title application?*, en ligne : National Native Title Tribunal <http://www.nntt.gov.au/publications/data/files/NTF_1d.pdf>.

[26] *Treaty of Waitangi Act 1975* (N.Z.), 1975/114, 33 RS 907, mod. par 1977/178, 1985/148, 1988/233, 1993/92, 1998/13, en ligne : New Zealand Legislation – Statutes <http://www.legislation.co.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes> [*Treaty of Waitangi Act*].[Loi sur le traité de Waitangi].

fonciers. Voyons tour à tour ces deux mécanismes mis sur pied pour traiter des questions territoriales maories.

Waitangi Tribunal

À titre de commission d'enquête, le *Waitangi Tribunal* fonctionne selon une formule analogue à celle de la Commission des revendications des Indiens du Canada. Son mandat est d'examiner les allégations des Maoris lorsque ceux-ci prétendent que certaines politiques ou mesures de l'État ne respectent pas les droits ou les dispositions des versions anglaise et maorie du Traité[27]. Sauf une exception à portée limitée, le tribunal ne peut que formuler des recommandations et n'a pas le pouvoir de contraindre les parties à les respecter. Quant à l'exception, un pouvoir exprès de lier les parties dans certains cas particuliers, une publication du *Waitangi Tribunal* la décrit en ces termes :

> [TRADUCTION]
>
> Dans certains cas rares, le Tribunal a le pouvoir de formuler des « recommandations contraignantes » concernant la restitution de certaines terres aux Maoris. [...]
>
> Si le Tribunal formule une recommandation contraignante, celle-ci est d'abord provisoire pendant 90 jours. Ce délai permet à la Couronne et aux demandeurs de conclure une entente négociée qui remplacera la recommandation, éventuellement en reprenant certains de ses éléments. Si une entente est conclue dans les 90 jours, le Tribunal modifie sa recommandation pour reconnaître la teneur de l'entente. Sinon, la recommandation provisoire entre en vigueur et la Couronne doit l'appliquer. Si des terres doivent être restituées aux Maoris en vertu de la recommandation contraignante, l'ancien propriétaire est indemnisé en vertu de la *Public Works Act*[28].

Ce genre de pouvoir est inhabituel pour une commission d'enquête, et il est indéniable que la Commission des revendications des Indiens du Canada n'en a pas de comparable. À ce sujet, l'observation suivante est particulièrement intéressante :

> [TRADUCTION]
>
> En 25 ans d'existence, le tribunal n'a utilisé ce pouvoir contraignant qu'une seule fois, en 1998, dans l'affaire de la revendication touchant le canton de Turangi. Une ordonnance contraignante de 90 jours a été rendue, mais la Couronne a réagi avant l'expiration du délai et a pu conclure une entente avec les demandeurs[29].

Le *Waitangi Tribunal* est considéré comme faisant partie du système judiciaire en Nouvelle-

---

[27] On trouvera un schéma de la procédure de revendication du Waitangi Tribunal dans G. Melvin, *The Claims Process of the Waitangi Tribunal: Information for Claimants*, Wellington (N.-Z.), Waitangi Tribunal, 2001 à la page 45, en ligne : Waitangi Tribunal <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/doclibrary/TheClaimsProcessoftheWT.pdf>.

[28] « Frequently Asked Questions », en ligne : Waitangi Tribunal <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/faq/>. [« *Public Works Act* » : Loi sur les travaux publics.][**Traduction du Bureau de la traduction**.]

[29] *Ibid.* [**Traduction du Bureau de la traduction**]

Zélande. Pour faciliter les recherches communes et pour que l'instruction se déroule dans le ressort de la revendication, on a divisé le pays en 37 ressorts, appelés districts[30]. Les services administratifs sont assurés par la *Waitangi Tribunal Business Unit* du *Department for Courts*[31].

C'est une formation de trois à sept personnes sélectionnées parmi les membres du tribunal par la présidence de ce dernier qui instruit. Au moins un membre de la formation doit être maori[32].

Sur quels plans le *Waitangi Tribunal* et la procédure qui s'y rapporte peuvent-il alimenter notre réflexion sur le règlement des litiges liés aux biens immobiliers matrimoniaux? Remarquons tout d'abord que le *Waitangi Tribunal*, en tant que commission d'enquête, présente la même faiblesse que la Commission des revendications des Indiens du Canada, à savoir qu'il est dénué d'un pouvoir décisionnel réel et de pouvoirs quasi-judiciaires qui veulent dire quelque chose. Le *Waitangi Tribunal* présente toutefois une caractéristique unique, à savoir le pouvoir de formuler une recommandation contraignante valable pendant un délai de 90 jours reportable pendant que les parties tentent de s'entendre sur une formule qui remplacera la recommandation tout en la reprenant globalement ou partiellement. Ce pouvoir peut inciter les parties à négocier. Cependant, puisque le tribunal ne s'en est prévalu qu'une fois depuis sa création il y a plus de 25 ans[33], on peut en conclure qu'avant d'accorder des pouvoir exceptionnel dans un contexte législatif éventuel de règlement des conflits liés aux biens immobiliers matrimoniaux, il y aurait lieu de s'interroger sérieusement sur le caractère pratique de ces pouvoirs et sur la probabilité qu'ils soient exercés.

Un des aspects recommandables du *Waitangi Tribunal* réside dans le processus de sélection des membres de la formation qui sera saisie, qui facilite l'adaptation aux particularités de la revendication; par exemple, selon la nature de la revendication, on peut nommer un historien ou un membre de la collectivité possédant des connaissances traditionnelles[34]. Cependant, la majorité des membres du tribunal ont une formation en droit. L'inclusion de membres maoris constitue un exemple à suivre, de même que l'obligation légale de tenir compte de la version maorie du traité de Waitangi, ce qui permet la coexistence du

---

[30] « Introduction to District Inquiries », en ligne : Waitangi Tribunal <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/inquiries/districtclaims>.

[31] « The Waitangi Tribunal Business Unit », en ligne : Waitangi Tribunal <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/about/waitangitribunal/businessunit/>.[N.t.D : « *Waitangi Tribunal Busines Unit* » :Service du tribunal Waitangi; « *Departments for Courts* » : Départements des tribunaux.]

[32] *Treaty of Waitangi Act*, *supra* note 26, art. 4.

[33] De cette occurrence unique sur une aussi longue période, on pourrait déduire soit que les membres du tribunal ont toujours été d'un naturel conservateur, soit que saisir le tribunal est tellement efficace qu'il est rarement nécessaire d'exercer ce pouvoir. Cependant, en 2000, l'avocat spécialisé en droits des Autochtones de Nouvelle-Zélande Maui Solomon a déclaré que le tribunal s'était abstenu de recourir à ce pouvoir contraignant malgré que des forêts domaniales et que des biens appartenant à l'État avaient été vendus à des entreprises étrangères, ce qui aurait constitué un bon motif de l'exercer. M. Solomon a ajouté : « Un ministre de la Justice a déjà menacé d'abolir ce pouvoir si jamais il était exercé ! » [**traduction du Bureau de la traduction**.] Voir Maui Solomon, « Intellectual Property Rights and Indigenous Peoples[']] Rights and Obligations », communication présentée au Forum mondial sur la biodiversité du Programme des Nations Unies pour l'environnement, 15 mai 2000, en ligne : In Motion Magazine <http://www.inmotionmagazine.com/ra01/ms2.html>.

[34] « The Waitangi Tribunal Members », en ligne : Waitangi Tribunal <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/about/waitangitribunal/wtmemb/>.

protocole maori et des exigences juridiques anglaises au cours du déroulement de l'instruction. En outre, le tribunal peut s'adapter aux coutumes tribales locales en tenant ses audiences dans le sous-district d'instruction, et les témoignages peuvent être exprimés en maori[35].

En résumé, nous estimons que les aspects recommandables du *Waitangi Tribunal* sont les suivants :

- Sa procédure peut être adaptée au protocole traditionnel pour chaque collectivité tribale.
- L'utilisation de la langue autochtone à l'audience au moment de l'instruction est prévue, ainsi que pour l'étude des principes du Traité.
- Il est possible d'empêcher la délivrance unilatérale par la Couronne d'autorisations d'exploitation des ressources naturelles des terres grevées d'un titre aborigène en recourant à un pouvoir contraignant exceptionnel d'abord provisoire, puis permanent s'il le faut.
- La procédure de sélection d'une formation du tribunal permet l'inclusion d'aînés, de membres de la collectivité, de spécialistes du domaine et de personnes-ressources possédant un savoir traditionnel sur les questions à l'étude telles que les plantes et les forêts.

Les inconvénients du *Waitangi Tribunal* comprennent les suivants :

- Il n'est pas doté d'un pouvoir décisionnel ou quasi-judiciaire complet qui lui permettrait de contraindre les parties à respecter ses conclusions et ses recommandations.
- L'instruction peut s'avérer longue en raison de la nécessité de s'adapter à l'emploi du temps des membres du tribunal nommés à temps partiel.

Maori Land Court

Comme le *Waitangi Tribunal*, la *Maori Land Court* fait partie du système judiciaire en Nouvelle-Zélande et est administrée par le *Department for Courts*. C'est en 1993 que la *Maori Land Court* actuelle remplace la *Native Land Court*, créée par une loi de 1865. La *Te Ture Whenua Maori Act 1993* (*Maori Land Act 1993*)[36] est une loi volumineuse de 362 articles et deux annexes qui traite de la compétence, des pouvoirs et de la structure de la *Land Court* et de la *Appellate Court* et qui comporte aussi des dispositions sur la procédure, les règles et les règlements.

À l'origine, la *Native Land Court* avait pour objet d'enregistrer les titres coutumiers de propriété foncière maoris et de les traduire en concepts juridiques européens. Les Maoris devaient prouver leurs droits à l'égard d'un territoire par l'occupation, par la conquête ou par

---

[35] E. Stokes, « The Treaty of Waitangi and the Waitangi Tribunal: Maori Claims in New Zealand » dans G. Cant, et al., dir., *Indigenous Land Rights In Commonwealth Countries: Dispossession, Negotiation and Community Action*, actes d'un atelier du Commonwealth Geographical Bureau tenu à Christchurch en février 1992, Christchurch (N.-Z.), Department of Geography, University of Canterbury et Ngai Tahu Maori Trust Board,1993, 66 à la p. 72.

[36] *Te Ture Whenua Maori Act 1993/Maori Land Act 1993*, 1993/4, mod. par 1993/70, 1993/104, 1994/69, 1996/35, 1996/153, 2001/11, 2002/16, en ligne : New Zealand Legislation – Statutes <http://www.legislation.co.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes> [*TTWMA*].

l'ascendance. La coutume qui consistait à faire don d'une terre était aussi reconnue. Le mandat de la nouvelle *Maori Land Court* consiste à favoriser la préservation des terres des Maoris ainsi que d'en promouvoir « un usage, un aménagement et un développement efficaces »[37]. La cour facilite l'enregistrement des titres fonciers maoris et tient les registres y afférents. De nombreuses audiences ont pour objet de régler des problèmes de cessions foncières testamentaires ou *ab intestat*.

La *Maori Land Court* est une juridiction à deux degrés : la *Maori Land Court* et la *Maori Appellate Court*. Elle suit des règles sensibles aux particularités culturelles. Par exemple, ses travaux peuvent débuter et se conclure par une prière maorie et se dérouler en langue maorie. Pour le fonctionnement de la cour, le pays est divisé en trois régions subdivisées en sept districts où la cour entend les demandes dont on veut la saisir. Des centres de services répondent aux questions du public et aident les intéressés à présenter leurs demandes.

Le juges peuvent siéger seuls ou en formation de deux ou plus[38]. Les décisions sont définitives et lient les parties; cependant, [TRADUCTION] « toute personne intéressée par une question quelconque ayant fait l'objet d'une ordonnance de la Cour », le juge ayant délivré cette ordonnance ou tout autre juge peuvent demander une nouvelle audience dans les 28 jours suivant l'ordonnance[39]. De plus, la *Maori Land Court* a le pouvoir de modifier une ordonnance ou tout autre acte judiciaire au besoin, à condition de ne pas supprimer un droit reconnu, dans le but [TRADUCTION] « de donner effet à l'intention réelle d'une décision ou d'une constatation de la Cour »[40].

Les appels des décisions de la *Maori Land Court* sont entendus par la *Maori Appellate Court*. La *Maori Appellate Court*, et sur autorisation, la *Land Court*, peuvent obtenir l'opinion de la *High Court of New Zealand* sur tout point de droit soulevé dans le cours de ses travaux[41]. Dans certaines situations, par exemple pour l'attribution des dépens et l'octroi d'injonctions relevant de leurs compétences, les deux juridictions jouissent de certains pouvoirs de la *High Court* qui ne sont généralement pas conférés aux tribunaux administratifs.

Il y a lieu de souligner le pouvoir que détient la *Maori Land Court* de rendre une ordonnance d'occupation au profit [TRADUCTION] « du titulaire d'un intérêt bénéficiaire˙ sur cette terre, ou d'une personne qui a droit par succession à l'intérêt bénéficiaire¨ d'une personne décédée sur cette terre »[42]. La partie 15 de la *TTWMA* , intitulée *Occupation Orders*, traite des ordonnances d'occupation, et notamment des aspects à prendre en considération avant de rendre une ordonnance de ce type, ainsi que du pouvoir de la modifier ou de

---

[37] *Ibid.*, art. 17(1). **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[38] *Ibid.*, art. 38.

[39] *Ibid.*, art. 43 (1)-(2). **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[40] *Ibid.*, art. 86-88. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[41] *Ibid.*, art. 72.

˙ NdT : C'est-à-dire d'un droit réel.

¨NdT : C'est-à-dire d'un droit réel.

[42] *Ibid.*, art. 328(1). **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

l'annuler, ainsi que celui de prendre des règlements[43]. La *Maori Land Court* peut à son gré ordonner [TRADUCTION] « l'utilisation ou l'occupation en exclusivité de l'ensemble ou d'une partie quelconque de ces terres pour y bâtir une maison »[44]. Seule limitation : l'ordonnance ne peut autoriser [TRADUCTION] « ni la partition, ni le développement ni le lotissement de la terre faisant l'objet de l'ordonnance »[45]. Avant de rendre une ordonnance d'occupation, la cour doit tenir compte de l'opinion des propriétaires, des effets de sa décision sur leurs intérêts et du meilleur usage qui peut être fait du territoire[46]. Si le territoire fait l'objet d'une fiducie ou appartient à une personne morale maorie, la cour doit obtenir un consentement avant de rendre l'ordonnance[47]. L'existence et l'exercice de ce pouvoir en Nouvelle-Zélande pourraient servir de modèle pour régler le problème actuel de l'inexistence, au Canada, d'ordonnances d'attribution de la possession exclusive de la résidence conjugale lorsque celle-ci est située sur une réserve[48].

Les décisions et ordonnances des deux cours maories peuvent être portées en appel devant la *New Zealand High Court*, puis devant la *Court of Appeal*. Les décisions de la *Maori Land Court* sont exécutées par divers moyens selon la nature du litige. Par exemple, l'exécution d'une ordonnance de paiement d'argent peut, à la demande d'une des parties ou à l'initiative du juge, être déposée au greffe de la District Court[49]. L'ordonnance déposée est traitée comme une dette grevant le titre foncier maori. L'exécution des autres ordonnances peut comprendre l'inscription du titre au registre des terres[50].

Dans quelle mesure la *Maori Land Court* et la *Maori Appeal Court* peuvent-elles servir de modèle au Canada? Soulignons d'abord que ces juridictions constituent les seuls tribunaux maoris en Nouvelle-Zélande. Le problème, si on voulait instaurer un système analogue au Canada, ce serait de tenir compte de la multiplicité des coutumes et des cultures des premières nations. Si les tribus maories ont des coutumes distinctes, elles partagent toutes la même langue et font partie d'une même nation. Par ailleurs, les premières nations pourraient s'opposer à l'idée de voir les décisions relatives à l'utilisation et à la cession des terres leur échapper pour être confiées entièrement à un tribunal.

L'accessibilité des voies de droit de la *Maori Land Court* semble constituer un objectif du gouvernement de la Nouvelle-Zélande, qui reconnaît l'importance de la terre pour le peuple maori, ainsi que la relation particulière que ce peuple entretient avec elle. En résumé, nous estimons qu'en plus de cet objectif, les aspects avantageux de ces deux cours maories sont les suivants :

---

[43] *Ibid.*, art. 328-331.

[44] *Ibid.*, art. 328(1). [**Traduction du Bureau de la traduction.**]

[45] *Ibid.*, art. 328(3). [**Traduction du Bureau de la traduction.**]

[46] Ibid., art. 329 (1)-(2).

[47] *Ibid.*, art. 328(2).

[48] Il n'entre pas dans le cadre de notre recherche de pousser plus loin la description et l'analyse des ordonnances d'occupation de la *Maori Land Court* et de leur application.

[49] *TTWMA*, *supra* note 36, art. 81.

[50] *Ibid.*, art. 140-142.

- La possibilité d'avoir des audiences dans la langue maorie;
- L'existence de pouvoirs judiciaires particuliers dans le règlement des questions foncières, y compris celui de condamner aux dépens, de rendre des ordonnances d'occupation des terres et des injonctions que l'on peut faire exécuter par la *High Court*, et enfin, celui de rendre des décisions contraignantes;
- Le pouvoir d'accorder une nouvelle audience et celui de modifier tout acte ou toute ordonnance de la cour afin de clarifier l'intention ou une décision de la cour.

Bien que la Maori Land Court constitue un tribunal à la base tout en comportant des aspects administratifs, ses inconvénients concernent le fait qu'elle revêt un caractère judiciaire plus prononcé que la plupart des tribunaux administratifs :

- Les décisions sont confiées à des juges, ce qui nécessite une formation en droit.
- Les décisions et les ordonnances sont exécutées à l'encontre des parties de la même façon que pour une cour de justice ordinaire.

Autres observations au sujet des tribunaux administratifs

La judiciarisation des tribunaux administratifs a été critiquée au 18e Congrès annuel du Conseil des tribunaux administratifs canadiens (CTAC) tenu à Ottawa en juin 2002. En effet, les tribunaux administratifs ont été institués en grande partie pour offrir une solution de rechange moins coûteuse à l'appareil judiciaire. Et c'était l'idée de pouvoir avoir des instructions et des audiences où il y aurait moins de règles de formes applicables qui était attrayante.

Or, certains intervenants à ce congrès se sont dits préoccupés par la pression de plus en plus grande exercée sur les tribunaux quasi-judiciaires en faveur d'un mouvement qui rapprocherait davantage leur fonctionnement de celui d'un tribunal judiciaire, d'une cour de justice. L'ajout de voies procédurales, comme l'obligation d'une communication des éléments et un interrogatoire préalables, accroît les coûts pour le demandeur et complique la procédure[51]. Par ailleurs, les tribunaux judiciaires chargés de contrôler leurs décisions évoquent l'absence de transcriptions, ce qui pourrait laisser entendre que cette autre mesure pourrait devenir aussi obligatoire[52]. Il existe un autre facteur qui complique les choses pour les tribunaux administratifs, à savoir qu'ils sont [TRADUCTION] « poussés dans la sphère du judiciaire »[53] lorsqu'ils sont saisis de points ayant trait à la *Charte*[54-55]. Les liens éventuels entre la problématique du partage des biens matrimoniaux situés sur une réserve et le « droit à la

---

[51] Voir p. ex. Anne L. Mactavish, « Administrative Justice - Reflections On The Road Ahead », communication présentée au 18e Congrès annuel du Conseil des tribunaux administratifs canadiens, Ottawa, 4 juin 2002) [non publié] aux pp. 4-5 [Mactavish].

[52] *Ibid.* à la p. 6.

[53] A.M. Wallace et J.T. Casey, « The March Towards Judicialization: Administrative Tribunals at the Crossroads », *CBA Administrative and Labour Law Update*, Ottawa, 19-20 novembre 1999 [non publié], cité dans *ibid.* à la p. 7. [La traduction est de moi. - N.D.T.]

[54] *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, c.11 [*Charte*].

[55] Mactavish, *supra* note 51 à la p. 7.

vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne[56] » reconnu dans la *Charte* pourraient justifier une analyse plus approfondie, afin de préciser quels devraient être les voies procédurales et les conditions d'existence d'un tribunal administratif éventuellement institué comme mécanisme de règlement de ces litiges.

Faisant valoir que la Cour suprême du Canada contribue à la judiciarisation des tribunaux administratifs, Anne L. Mactavish, présidente du Tribunal canadien des droits de la personne et animatrice au Congrès 2002 du CTAC, a déclaré : [TRADUCTION] « Il existe un autre facteur [...] à savoir l'obligation croissante de la part des instances décisionnelles administratives de motiver leurs décisions »[57].

Ainsi, pour être efficace, la délégation d'un pouvoir décisionnaire à un tribunal administratif chargé de régler le problème du partage des biens immobiliers matrimoniaux situés sur une réserve au Canada devrait être conçue avec soin de manière à ne pas entraîner de nouveaux conflits entre les lois qui sont du ressort du gouvernement fédéral, des provinces, des territoires et des premières nations.

---

[56] *Charte*, *supra* note 54, art. 7.

[57] Mactavish, *supra* note 51, à la p. 7. (M[me] Mactavish étaye son affirmation dans une note en bas de page renvoyant à *Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 et dit entre autres :

> Dans l'affaire *Baker*, la Cour suprême du Canada a renversé un principe établi depuis longtemps selon lequel les instances décisionnelles administratives ne sont pas tenues de motiver leurs décisions, à moins que leur loi habilitante les y oblige. La Cour a déclaré au contraire que dans certaines circonstances, le devoir d'équité procédurale pouvait exiger une motivation. [**Traduction du Bureau de la traduction.**])

Les ombudsmans

Introduction

La fonction d'ombudsman[58], dans sa forme actuelle, trouve ses origines en Suède avec la nomination en 1809 d'un *justitieombudsman* (le mot en vieil islandais était *umbodhsmadr*). Le mot signifie « personne à qui l'on s'en remet » ou « délégué chargé de faire valoir un grief [59]. Cette fonction ne se trouve normalement que dans les pays démocratiques. La Nouvelle-Zélande fut le premier pays anglophone, en 1962, à offrir les services d'un ombudsman. Il n'existe pas d'ombudsman fédéral au Canada; c'est d'ailleurs un des rares grands pays démocratiques qui n'en a pas.

Les fonctions de l'ombudsman varient selon les pays. Voici une définition reconnue qui a été proposée par le Comité de l'ombudsman de l'Association internationale du Barreau :

> [TRADUCTION]
>
> Charge prévue par la constitution ou par un acte d'une législature ou d'un parlement, dont le titulaire reçoit les plaintes de personnes lésées par des organismes gouvernementaux, des élus ou des fonctionnaires, ou qui agit de son propre chef, et qui a le pouvoir de faire enquête, de recommander des mesures de pallialtives et de publier des rapports[60].

Tout comme une commission d'enquête, donc à l'instar d'un organisme comme la Commission des revendications des Indiens, l'ombudsman peut formuler des recommandations à partir des conclusions d'une enquête menée de sa propre initiative ou à la suite d'une plainte, agit de manière impartiale et rend compte de ses recommandations. Contrairement à la commission d'enquête cependant, l'ombudsman peut recommander des mesures correctrices si son enquête lui fait conclure au bien-fondé de la plainte. Généralement, l'ombudsman n'a pas de pouvoir décisionnel.

---

[58] [N.d.T. : L'auteure note ici qu'elle utilise dans son document à la fois le terme neutre « ombudsperson » et les termes « ombudsman » et « ombudsmen », selon qu'elle parle de cette fonction en général ou qu'elle fait référence à des pays particuliers, auquel cas l'usage local peut l'obliger à ne pas utiliser la forme sexuellement non marquée. Pour la version française, le problème se complique du fait de l'existence des termes « médiateur », utilisé en France, et « protecteur du citoyen », utilisé au Québec. Nous nous en tiendrons ici au terme générique « ombudsman », également reconnu en français (*Petit Robert*), en utilisant la forme plurielle francisée « ombudsmans », préconisée par *Le bon usage* de Grevisse et par l'Office de la langue française du Québec et reconnue par le *Petit Robert*. « Ombudsman » est aussi le terme français officiel en Ontario, au Nouveau-Brunswick et au Manitoba.]

[59] Juge A. Satyanand, « Human Rights in the Commonwealth: The Ombudsman Role », communication présentée à une réunion de la Royal Commonwealth Society, Londres (Angleterre), 22 mai 2002 à la p. 1, en ligne : Royal Commonwealth Society International Headquarters <http://www.rcsint. org/texts/satyanand.doc> [Satyanand]. [N.d.T. : Les termes anglais utilisés ici sont "*entrusted person*" et "*grievance representative*". Le terme « délégué » est tiré de la notice étymologique du mot « ombudsman » (*ombud* : délégué, *man* : homme) dans *Le Petit Robert*.]

[60] Nuba Survival, « Administration of Justice and Legal Aid », Issue Paper A-3, présenté au Steering Committee for Human Rights in the Transition in Sudan, Kampala, 8-12 février 1999, au par. 4.2, en ligne : Nuba Survival <http://www.nubasurvival.com/conferences/conferences%20%20index.htm>. [**Traduction du Bureau de la traduction.**]

La loi habilitante de l'ombudsman définit généralement son champ de compétence, les formalités de traitement des plaintes (à savoir que celles-ci peuvent être reçues directement du plaignant ou par l'entremise d'un député), les pouvoirs de consultation des documents pertinents et l'instance à laquelle il présente son rapport. Tout en reconnaissant qu'il [TRADUCTION] « existe des différences considérables entre les ombudsmans », la chef Roberta Jamieson ajoute qu'on peut reconnaître des caractéristiques de base qui permettent de définir la charge d'ombudsman[61]. En un mot, ces caractéristiques seraient : [TRADUCTION] « l'indépendance, l'équité procédurale, la transparence, l'accessibilité, le respect, l'efficacité, la responsabilité, la stabilité, le pouvoir d'enquêter, la confidentialité, la présentation de rapports publics, des pouvoirs de recommandation uniquement et le droit d'entreprendre une enquête de son propre chef »[62].

Il existe un autre facteur d'accessibilité au bureau d'un ombudsman pour qui cherche réparation, à savoir l'absence de coûts ou l'existence de coûts minimes pour pouvoir exprimer un motif de grief. En effet, les autres solutions, que ce soit le recours aux tribunaux à un député, aux journaux ou à la mobilisation sociale, peuvent s'avérer longues et onéreuses sans promettre obligatoirement les mêmes résultats. Si le gouvernement ou l'organisme en cause n'est pas obligé de se plier aux recommandations de l'ombudsman, il n'en est pas moins informé que le problème a fait l'objet d'une enquête approfondie. L'ombudsman peut faire état de l'inertie de l'organisme en cause dans son rapport. Toutefois, le seul mécanisme contraignant dont il dispose consiste à miser sur la réputation de l'organisme et sur la pression du public, si le dossier se prête à ce genre de conséquences. L'avantage de cette formule, c'est que l'enquête peut effectivement forcer à changer, ce qui, à son tour, permettra d'éviter que le problème se répète. Un règlement amiable, ou même une décision judiciaire, n'a pas forcément le même effet.

Nous verrons ici quelles sont les problématiques et les voies procédurales de la charge d'ombudsman au Canada puis en Nouvelle-Zélande.

Canada

À part l'Île-du-Prince-Édouard, toutes les provinces canadiennes ont nommé un ombudsman chargé d'étudier les plaintes et de faire enquête sur les questions relevant de l'administration provinciale. Comme nous l'avons déjà vu, il n'existe pas d'ombudsman fédéral, mais notons que lors de la dernière session du Parlement, une proposition de loi d'initiative parlementaire, intitulé *Loi sur l'examen de la gouvernance des premières nations* , visait l'établissement d'un bureau fédéral d'ombudsman et d'un vérificateur des premières nations[63]. Selon le projet de loi, l'ombudsman des premières nations aurait pu faire enquête sur des problèmes et des irrégularités ayant trait à l'administration, aux communications et aux élections, de même que sur les plaintes portées par un membre d'une première nation à

---

[61] Chef R. L. Jamieson, « The First Nation Ombudsman », communication présentée au congrès printanier de l'Indigenous Bar Association sur le thème *Specialized Tribunals and First Nations Legal Institutions*, 29-31 mai 2002 à la p. 5 [non publié] [chef Jamieson]. (La chef Jamieson a été ombudsman en Ontario de 1989 à 1999.) **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[62] *Ibid.* aux pp. 5-7. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[63] Projet de loi C-399, *Loi instituant les postes d'ombudsman et de vérificateur des premières nations chargés de prêter assistance pour les problèmes administratifs et financiers*, 1re sess., 37e lég., 2001 (débattu en deuxième lecture, mort au feuilleton le 20 juin 2002).

l'encontre de sa communauté et sur celles entre premières nations. Il aurait aussi pu faire enquête sur des actions, des politiques ou des pratiques injustes ou abusives mettant en cause ces parties et le gouvernement du Canada.

Un groupe appelé First Nations Accountability Coalition (FNAC), organisme de la base faisant état de 5 000 membres au Canada, a réclamé la création d'un organe indépendant ayant pour mandat d'entendre les plaintes au sujet des irrégularités commises par les conseils de bande. La FNAC, de concert avec l'Alliance canadienne, a réclamé la création d'un bureau d'ombudsman des premières nations[64]. Le but ultime commun de ces deux propositions d'institution d'un ombudsman fédéral pour les premières nations consiste à rechercher la bonne gestion par la surveillance des gouvernements des Autochtones et des premières nations, afin de s'assurer qu'ils demeurent comptables de leur administration.

Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) a demandé au Centre pour les relations municipales-autochtones de mener une étude descriptive et comparative des régimes par lesquels les municipalités et les premières nations sont tenues comptables de leur gestion dans certains domaines d'ordre politique, financier et administratif[65]. Le Centre a tiré ses informations de la *Loi sur les Indiens*, des ententes de financement et des mécanismes établis dans quatre premières nations dans le but de s'assurer qu'elles demeuraient comptables de leur gestion.

La comparaison portait sur les éléments suivants : reddition de comptes financière et transparence, éléments de communication de l'information permettant de tenir l'entité comptable de sa gestion et mesures de réparation. Les exigences applicables aux municipalités s'avèrent les plus strictes. Les deux grandes différences entre les exigences des régimes respectifs concernent la communication de l'information et les mesures de réparation. Les auteurs du rapport font remarquer que les premières nations, contrairement aux municipalités, qui disposent de plusieurs options, à part quelques exceptions, n'ont pas de système indépendant de réparation, assurée par une tierce instance. Les principaux systèmes utilisés actuellement sont AINC, les tribunaux judiciaires et la Commission des droits de la personne.[66] On mentionne aussi le recours à un tribunal des aînés pour contrôler les décisions[67] et l'idée d'instituer un vérificateur général ou un ombudsman des premières nations[68].

Les objectifs du professeur de droit Larry Chartrand, lorsqu'il traite de la création d'une charge d'ombudsman, diffèrent de ceux de la *First Nations Accountability Coalition* et de l'Alliance canadienne. Pour lui, le mandat d'un ombudsman fédéral serait de [TRADUCTION]

---

[64] En 2000, l'émission de nouvelles « *Canada at Five* » de la chaîne anglaise de Radio-Canada a fait écho aux revendications de la FNAC en diffusant son message selon lequel [TRADUCTION] « les Autochtones ne sont pas bien représentés par les chefs et les conseils de bande [...] et la corruption et la mauvaise gestion des fonds des bandes sont choses courantes ». Canadian Broadcasting Corporation, *Canada at Five* (bulletin de nouvelles), Toronto, CBC, 4 avril 2000. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[65] T. Chowdhury et al., *Municipal Government Accountability Regimes: A Benchmark For First Nation Government Accountability?*, Ottawa, Centre pour les relations municipales-autochtones, 1998.

[66] *Ibid.*, tableau 4 à la p. 53.

[67] *Ibid.*, tableau 3 à la p. 52.

[68] *Ibid.*, tableau 4 à la p. 53.

« la surveillance des gouvernements non autochtones afin de s'assurer qu'ils demeurent comptables de leur administration envers les peuples autochtones »[69]. Cet ombudsman pourrait faire enquête sur tous les aspects des relations entre les Autochtones et un gouvernement, y compris sur les questions foncières. Évidemment, il faudrait que la loi habilitante précise que cet aspect rentre dans ses compétences.

La chef Roberta Jamieson appuie le principe d'un ombudsman des premières nations pour des raisons analogues à celles de la FNAC et de l'Alliance. Pour elle, le but de cette institution serait de procurer [TRADUCTION] « une voie de recours effective protégeant le citoyen ordinaire contre les abus éventuels du pouvoir délégué »[70]. Elle entend ici par « citoyens » les membres des premières nations dont la nation, ayant accédé à l'autonomie gouvernementale, pourrait prendre des mesures ou des décisions ayant un effet préjudiciable à leur égard, comme il est fréquent pour un gouvernement selon la chef Jamieson[71]. Pour elle, l'ombudsman des premières nations pourrait constituer pour les individus ou les groupes des premières nations une voie de recours souple extérieure à l'appareil judiciaire.

Nous analyserons la pertinence du recours à un ombudsman pour régler un litige après avoir décrit l'institution de l'ombudsman en Nouvelle-Zélande.

Nouvelle-Zélande

En Nouvelle-Zélande, il y a trois ombudsmans nommés par le gouverneur général sur la recommandation de la Chambre des représentants. Ces ombudsmans sont des mandataires du Parlement et non du gouvernement[72]. La *Ombudsmen Act 1975*[73] (l'*OA*) est la principale loi qui régit l'institution de l'ombudsman, qui remonte à 1962[74]. Le mandat du *New Zealand Office of the Ombudsmen* est de [TRADUCTION] « faire enquête sur les plaintes portées à l'encontre des organismes gouvernementaux centraux, régionaux et locaux de Nouvelle-Zélande »[75].

---

[69] L. Chartrand, « Furthering Accountability By Governments for Aboriginal Rights Mechanisms for Achieving Good Governance in Canada », communication présentée au congrès du printemps de l'Indigenous Bar Association sur le thème *Specialized Tribunals and First Nations Legal Institutions*, 29-31 mai 2002, à la p. 14 [Chartrand]. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[70] Chef Jamieson, *supra* note 61 à la p. 2. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[71] *Ibid.* à la p. 1.

[72] « History of the Office of the Ombudsmen », en ligne : New Zealand Office of the Ombudsmen <http://www.ombudsmen.govt.nz/history.htm>.

[73] *Ombudsmen Act 1975* (N.-Z.), 1975/9, 35 RS 469, mod. par 1982/89, 1982/164, 1988/77, 1988/205, 1991/121, 1992/25, 1993/34, 1996/137, 1997/72, 1999/44, en ligne : New Zealand Legislation – Statutes <http://www.legislation.co.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes> [*OA*] [Loi sur les ombudsmans].

[74] Trois autres lois accordent des rôles et des pouvoirs à l'ombudsman : la *Official Information Act 1982* (N.-Z.), 1982/56, 35 RS 403 [Loi de 1982 sur l'information officielle], la *Local Government Official Information and Meetings Act 1982*, 1987/174, 35 RS 347 [Loi de 1982 sur l'information officielle et les réunions des administrations locales] et la *Protected Disclosures Act 2000*, 2000/7 [Loi sur les divulgations protégées]; en ligne : New Zealand Legislation – Statutes <http://www.legislation.co.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes>.

[75] « Functions of the Ombudsmen », en ligne : New Zealand Office of the Ombudsmen <http://www.ombudsmen.govt.nz/>. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

Si la plainte est fondée, l'ombudsman peut formuler des recommandations. Toutefois, il n'a pas le pouvoir de les faire appliquer. Selon l'*OA*, il faut avoir épuisé tous les autres recours avant de porter plainte au bureau de l'ombudsman[76]. En moyenne, le traitement d'une plainte déposée en vertu de l'*OA* prend 42 jours et l'enquête est gratuite[77].

La marche à suivre pour porter plainte au bureau de l'ombudsman ressemble fort à celle qui a cours à la CCDP. D'abord, il faut établir que l'affaire est du ressort de l'ombudsman. Si c'est le cas, un enquêteur rassemble les informations nécessaires et, de concert avec l'ombudsman compétent[78], statue sur le bien-fondé de la demande. Après enquête et après avoir fait rapport au ministère en cause, si celui-ci n'a donné aucune suite après un délai raisonnable, l'ombudsman peut envoyer copie de son rapport et de ses recommandations au premier ministre et au Parlement[79].

L'article 25 de la *OA* est, à toute fin utile, une clause privative : elle prévoit qu'une instance ou une décision d'un ombudsman ne peut être contrôlée par un tribunal, ni contestée, sauf en cas d'incompétence[80]. De plus, il est interdit de poursuivre en justice un ombudsman ou ses représentants, et les renseignements obtenus en cours d'instance sont confidentiels[81]. L'ombudsman fait rapport annuellement au Parlement[82].

Autres observations au sujet des ombudsmans

Compte tenu du caractère non contraignant des recommandations et des solutions communiquées à l'organisme en cause et au plaignant, on peut conclure que l'efficacité de l'ombudsman est liée à la pression du public. Cependant, si le dossier n'intéresse pas le public, l'organisme fautif pourrait ne pas régler le problème, et il pourrait récidiver. Dans le cas du partage des biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve, les litiges n'ont généralement qu'une portée personnelle. De plus, l'enquête ou l'étude de l'ombudsman doit pouvoir s'appuyer sur des processus prédéfinis de règlement de ce genre de litige, que ce soit dans la coutume, dans les codes fonciers, dans les lois des bandes, etc., lesquels peuvent très bien ne pas exister ou ne pas être appliqués localement. Cependant, ce point de vue ne constitue pas nécessairement la seule interprétation de ce contexte.

Bien qu'il ne mentionne pas la question du partage des biens immobiliers matrimoniaux dans sa communication, le professeur Chartrand reconnaît que l'on reproche souvent à l'institution de l'ombudsman sa nature consultative et l'absence de voies d'exécution; cependant, il indique aussi que cette absence de pouvoir contraignant peut aussi constituer un

---

[76] *OA*, *supra* note 73, art. 13(7).

[77] « Frequently Asked Questions », en ligne : New Zealand Office of the Ombudsmen <http://www.ombudsmen.govt.nz/frequent.htm>.

[78] Il y a trois ombudsmans en exercice simultanément en Nouvelle-Zélande.

[79] *OA*, *supra* note 73, art. 22(4). On trouvera un schéma du cheminement des plaintes au bureau des ombudsmans de Nouvelle-Zélande dans le document « How a Complaint is Processed », en ligne : New Zealand Office of the Ombudsmen <http://www.ombudsmen.govt.nz/layinga.htm>.

[80] *OA*, *ibid.*, art. 25.

[81] *Ibid.*, art. 26.

[82] *Ibid.*, art. 29.

avantage et offrir la possibilité de proposer un mécanisme sensible aux réalités culturelles en misant sur le consensus[83]. Il s'agit là d'une réflexion intéressante, surtout compte tenu que l'on reproche souvent à la CCDP son manque de sensibilité aux réalités culturelles.

Dans une communication présentée en 2002 à la *Royal Commonwealth Society**, le juge Anand Satyanand, un ombudsman de Nouvelle-Zélande, a cité une décision rendue en 1995 par le juge Michael Kirby au sujet de [TRADUCTION] l'« utilité de la méthode de l'ombudsman »[84]. Le juge Kirby a écrit :

> [TRADUCTION]
>
> L'ombudsman n'est pas habilité à rendre des ordonnances au même titre qu'une cour de justice. Cependant, le fait qu'il remette un rapport au ministre responsable et au Parlement et l'obligation pour le ministre de répondre rapidement peuvent donner lieu à des sanctions non négligeables. Ces mécanismes se sont avérés efficaces dans tous les États qui se sont dotés d'un ombudsman pour corriger une mesure administrative jugée illicite, abusive, déplacée ou mauvaise déraisonnable, erronée ou injuste par celui-ci[85].

Les sanctions auxquelles le juge fait référence n'existent que si elles sont prévues dans la loi habilitante de l'ombudsman. De fait, la loi néo-zélandaise offre aux ombudsmans des moyens discrétionnaires de demander réparation au premier ministre et au Parlement. Soulignons toutefois que puisqu'on ne peut ni contrôler, ni invalider ni contester les recommandations d'un ombudsman, ses constatations et ses solutions sont définitives, mais elles n'en deviennent pas pour autant contraignantes.

Le bureau des ombudsmans de la Nouvelle-Zélande suit le modèle général décrit dans notre introduction sur la fonction d'ombudsman. Ce qui est particulier à ce pays, c'est les pouvoirs qui leur sont conférés dans certains domaines, similaires mais légèrement différents, par quatre lois distinctes. Toutefois, la raison d'être et la fonction de l'ombudsman consistent toujours à ouvrir des enquêtes à la suite de plaintes portées à l'encontre des ministères et des organismes gouvernementaux, et son but demeure de [TRADUCTION] « protéger les droits de la personne et assurer la transparence de l'appareil gouvernemental »[86]. Rappelons cependant que l'*Ombudsmen Act 1975* ne prévoit aucune voie d'exécution qui permette d'imposer le changement recommandé ou la solution proposée dans le but de réparer l'action ou la politique mise en cause.

En résumé, nous estimons que les aspects avantageux de la fonction d'ombudsman sont les suivants :

- Elle procure une voie de recours souple et indépendante pour faire corriger des mesures et des décisions de l'État qui ont un effet préjudiciable sur un particulier ou sur

---

[83] Chartrand, *supra* note 69 à la p. 14.

*N.d.T : La Société royale du Commonwealth, **traduction du Bureau de la traduction.**

[84] Satyanand, *supra* note 59 à la p. 3. [**Traduction du Bureau de la traduction.**]

[85] *Ibid.* [**Traduction du Bureau de la traduction.**]

[86] *Ibid.* à la p. 8. [**Traduction du Bueau de la traduction.**]

un groupe.

- Ses dossiers peuvent être publics et jouir d'une grande visibilité sans que ses éléments confidentiels ne soient éventés.
- La loi peut conférer à l'ombudsman de vastes pouvoirs d'enquête et de procédure.
- L'ombudsman peut formuler des recommandations et proposer des solutions lorsque l'enquête confirme la plainte.
- Le recours à l'ombudsman est offert à tous les citoyens à un prix minime ou nul. Le plaignant n'est pas forcément obligé d'engager un avocat.
- En Nouvelle-Zélande, les recommandations et les solutions d'un ombudsman ne peuvent être contestées, aussi sont-elles sont considérées comme définitives.

Les inconvénients sont les suivants :

- L'ombudsman peut seulement formuler des recommandations qui ne lient pas les parties en cause.
- L'ombudsman a principalement pour mandat de faire enquête sur les mesures et les politiques de l'État, ce qui fait qu'on ne peut généralement y recourir pour un litige entre particuliers.
- Les délais d'enquête et de rapport de l'ombudsman peuvent se traduire par une longue attente avant qu'une mesure palliative quelconque soit mise en oeuvre.
- Le succès des interventions de l'ombudsman dépend de la bonne volonté de la partie fautive ou des pressions du public, et non d'un mécanisme d'exécution forcée.

Les modes de règlement extrajudiciaire

Les modes de règlement extrajudiciaire étaient déjà en usage dans les sociétés autochtones avant l'introduction du système judiciaire européen. En revanche, le recours à ce mode de règlement comme solution de rechange au règlement judiciaire est relativement récent. Cette évolution est motivée principalement par les longs délais et les coûts élevés associés au système judiciaire.

Les avantages du règlement extrajudiciaire sont les suivants : confidentialité des démarches, réduction du risque d'une décision imposée, possibilité de faire participer des spécialistes du domaine, possibilité de solutions originales, dialogue et possibilité pour les parties de rester en bons termes. Autre avantage : les parties peuvent participer directement à l'élaboration de la solution, par opposition à une décision ou à un jugement imposé unilatéralement par le tribunal.

Tous les modes de règlement extrajudiciaire ont un point en commun, à savoir qu'ils ne peuvent fonctionner que si les intéressés y participent de bonne foi. On peut abuser de ce genre de processus en n'agissant pas de bonne foi, par exemple en acceptant de participer mais avec l'intention de harceler l'autre partie, de l'intimider ou de bloquer les négociations, sans vouloir réellement arriver à une entente.

La plupart des mécanismes de règlement extrajudiciaire font appel à un tiers impartial pour aider les parties. Lee Axon, dans ses *Appendices to the Report On: Alternate Dispute*

Resolution Within DIAND, paraphrase un énoncé fait par Ben Hoffman dans un rapport antérieur d'AINC sur le règlement extrajudiciaire : [TRADUCTION] « Hoffman observe que les modes de règlement extrajudiciaire, par nature, sont souples et peuvent être adaptés aux besoins particuliers des parties et aux circonstances du litige »[87]. Bien que les appellations soient variables, les formes usuelles de règlement extrajudiciaire sont la négociation, la médiation, les formules mixtes et les instances parajudiciaires. Il existe plusieurs théories et modèles applicables à chacune de ces formules. Il ne rentre pas dans notre mandat de les décrire ici; passons tout de même en revue les formules les plus courantes tout en citant quelques exemples.

La négociation

La plupart d'entre nous négocions tous les jours sans même nous en rendre compte. Voici ce qu'on trouve dans le dictionnaire sous l'entrée *négocier* :

> **1** Arriver à une entente par le dialogue; parlementer, conférer, se consulter mutuellement [...].
> **2** Prendre des dispositions pour [...]
> **3** Transférer, céder ou vendre un droit de propriété en retour d'une compensation de valeur équivalente[88].

La définition qui suit décrit bien la négociation :

> [TRADUCTION]
> La négociation est] une démarche qui consiste à ajuster des différences dans le but d'établir un rapport juridique plus souhaitable de part et d'autre au moyen de compromis et d'échanges de droits et d'obligations, ainsi que d'intérêts économiques, psychologiques, sociaux et autres. Cette démarche est consensuelle par opposition à une application forcée de la loi[89].

La négociation est une démarche volontaire. Il peut exister un déséquilibre dans le rapport des forces malgré la volonté commune d'arriver à une entente pour mettre un terme au conflit. Pour choisir le mode de règlement le plus adapté à la situation, il vaut généralement mieux tenir compte des particularités des parties en cause, y compris de leurs différences culturelles. Les conflits identitaires posent un problème dans tous les modes de règlement extrajudiciaire, sauf si ceux-ci sont conçus spécialement en fonction des particularités culturelles, par exemple, dans le cas des Autochtones, s'ils prennent la forme de cercles de règlement ou de

---

[87] L. Axon, *Appendices to the Report On: Alternate Dispute Resolution Within DIAND*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1994, annexe B à la p. 1 [ADR Appendices] [**Traduction du Bureau de la traduction.**].

[88] *Gage Canadian Dictionary*, revised, *s.v.* « negotiate ». [N.d.T (Bureau de la traduction) : Il s'agit ici d'une traduction directe des définitions suivantes du *Gage* : « 1. talk over and arrange terms; parley; confer; consult [...] 2. arrange for [...] 3. transfer, assign, or sell ownership in return for equivalent value. » . On trouve dans le P. Robert, notamment : « Établir, régler (un accord) entre deux parties... Régler un conflit par voie de négociation... Faire du négoce... Céder, réaliser un effet de commerce, une valeur mobilière... »]

[89] G. Bellow et B. Moulton, *The Lawyering Process*, Mineola (NY), Foundation Press, 1978 à la p. 11, cité dans *Dispute Resolution Readings and Case Studies*, J. MacFarlane, dir., Toronto, Emond Montgomery, 1999 à la p. 100. [**Traduction du Bureau de la traduction.**]

groupes consultatifs des aînés[90]. Le succès d'une négociation, comme pour tout mécanisme de règlement extrajudiciaire, dépend en grande partie de la confiance entre les parties et à l'endroit du tiers impartial. Il est essentiel de s'interroger sur le choix du mécanisme du règlement en fonction de la nature du conflit.

Un des avantages d'une entente négociée réside dans le fait que les parties ont pris part au règlement et sont donc moins susceptibles de se tourner vers un tribunal par la suite[91]. Selon AINC, les ententes négociées prévoyant certaines actions à accomplir sont généralement respectées, plus en général qu'à l'issue d'un autre genre de mécanisme, en raison de la participation des intéressés[92].

Parmi les inconvénients de la négociation et des autres modes de règlement extrajudiciaire, notons que cette solution peut s'avérer moins économique qu'on s'y attend. Les délais sont parfois beaucoup plus courts que si on faisait appel à un tribunal, mais l'obligation de payer le tiers impartial, les locaux et les avocats ou les négociateurs ajoute au coût du règlement. Quant à l'application de l'entente, elle relève du droit conventionnel et peut nécessiter le recours à un tribunal. Encore une fois, on peut observer un déséquilibre dans le rapport de forces, par exemple dans les relations entre les premières nations et le Canada, lorsque ce dernier semble disposer de ressources à peu près illimitées par rapport aux Autochtones pour poursuivre les négociations. Un particulier qui vit une relation marquée par la violence et qui tente de régler un problème de bien immobilier matrimonial situé dans une réserve se trouverait devant le même genre de déséquilibre.

Canada

La *Ridgewood Foundation for Community-Based Conflict Resolution (Int'l)*

La *Ridgewood Foundation* d'Ottawa, fondée en 1992, est un organisme de bienfaisance canadien enregistré voué [TRADUCTION] « au développement permanent des mécanismes locaux de résolution des conflits par les pratiques optimales, basées sur des principes, de la Fondation, sa conception du processus et de la formation »[93]. Cette fondation offre des ateliers de formation en *Foundational Process*[MD], le processus mis de l'avant par la Fondation, de formation de tiers impartial et de processus collectif de résolution de conflits sur le terrain. Ridgewood a fait profiter divers groupes de ses services, notamment à titre de tiers impartial pour des collectivités et communautés locales tels que premières nations, gouvernement, police, jeunes, animateurs et professionnels oeuvrant localement. L'approche de Ridgewood se distingue par la formation qu'elle fournit avant les séances de résolution de conflit. Pour

---

[90] Institute on Governance, *Dispute Resolution Systems: Lessons From Other Jurisdictions* (rapport daté du 12 mars 1999) [non publié] à la p. 10 [Institute on Governance]. (Cette étude s'inscrivait dans les activités de recherche et développement d'une table de concertation sur les relations financières [Joint Fiscal Relations Table] dont les membres comprenaient la Federation of Saskatchewan Indian Nations, Affaires indiennes et du Nord Canada et le gouvernement de la Saskatchewan.)

[91] *ADR Appendices*, *supra* note 87, annexe C à la p. 1.

[92] *Ibid.*

[93] Ridgewood Foundation for Community-Based Conflict Resolution (Int'l), « Foundational Process Principles, Process, Techniques and Tools » (cahier de consultation), Ottawa, Ridgewood Foundation, 2001 à la p. xiv. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

faire de chaque séance une expérience fructueuse, la fondation mise sur un processus [TRADUCTION] « axé sur les aspects positifs, sans entrave et pluraliste »[94].

Les séances de formation sont interactives et comprennent des jeux de rôles visant à communiquer et à expliquer les principes du processus de règlement extrajudiciaire, comme la négociation ou la médiation, que la collectivité locale s'apprête à expérimenter. Les ateliers de formation font partie d'un processus d'une semaine d'activités prévues dans un calendrier. Le *Foundational Process*, le « processus de la Fondation » mis au point par Ridgewood est une approche de règlement et d'intervention axée sur les principes, qui consiste à expliquer aux parties ce à quoi elles peuvent s'attendre pendant la négociation et les habiletés dont elles auront besoin pour s'approprier le processus et faire face aux problèmes qui sont à l'origine du conflit. Les séances de formation renvoient aux principes et aux valeurs qui constituent le « processus de la Fondation ».

Après la formation, les participants doivent se préparer chacun de leur côté à la session de négociation de leur collectivité. La formation rétablit l'équilibre dans le rapport de force entre les parties, par exemple une collectivité des premières nations et le gouvernement fédéral.

Bien qu'il s'agisse d'un processus de résolution de conflit collectif local, le « processus de la Fondation » de Ridgewood comporte un volet éducatif unique à l'intention du groupe qui cherche à parvenir à une entente. Il semble qu'il serait possible d'adapter cette formule pour former des individus qui s'apprêtent à régler un problème de partage de biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve après une rupture conjugale.

Dans cette adaptation, il faudrait tenir compte de certains pièges potentiels. Plus spécialement, la critique féministe des modes de règlement extrajudiciaire met en évidence le déséquilibre du rapport de force qui existe généralement au sein d'un couple qui tente de régler ses comptes au moment d'une rupture. L'homme jouit généralement de ressources plus imposantes qui peuvent lui permettre, par son ascendant ou par la contrainte, de forcer une entente qui pourrait ne pas convenir aux besoins de sa vis-à-vis. Celle-ci pourrait ne pas savoir quelles autres options s'offrent à elle si l'entente proposée ne lui convient pas, ou ne pas avoir les ressources nécessaires pour s'adresser à un tribunal. Si l'homme est violent, le déséquilibre est encore plus marqué, car le conjoint a déjà établi sa domination sur sa conjointe. Sans compter que les actes de violence ne sont pas nécessairement connus hors du foyer. Le fait de se trouver dans la même pièce qu'un homme qui nous a violentée peut s'avérer non seulement très intimidant, mais parfois invivable pour certaines victimes au moment de la rupture. La négociation ne serait généralement pas une formule appropriée dans ce genre de situation; cependant, une session de formation de Ridgewood pourrait permettre de corriger ce déséquilibre en préparant les conjoints et en leur procurant des outils qui leur permettront de négocier de manière fructueuse[95].

Il existe un autre avantage dans la formule double formation-négociation, soit la possibilité de traiter des conflits identitaires ou culturels. Dans les collectivités des premières nations, les conflits sont souvent rattachés à des ressentiments très profonds. Le « processus de la Fondation » encourage la personne à apprécier cette réalité et à l'exprimer pour qu'on en tienne compte et qu'on la règle dans le cadre du processus. Si on arrive à bien définir les

---

[94] *Ibid.* [**Traduction du Bureau de la traduction.**]

[95] On pourrait dire la même chose pour la médiation. Peu de médiateurs acceptent de travailler avec un couple qui a vécu une situation de violence familiale.

questions et les valeurs fondamentales de cette manière, on peut éviter les déraillements[96]. En revanche, si les questions ne sont pas abordées correctement et si on manque de temps, cet aspect peut faire échouer le processus et faire perdre aux intéressés leur confiance et leur calme.

En résumé, compte tenu des besoins propres à un processus de règlement extrajudiciaire pour les litiges concernant les biens matrimoniaux situés sur une réserve, nous estimons que les aspects recommandables du processus de la Ridgewood Foundation visant la résolution collective locale de conflits sont les suivants :

- Il comprend une formation portant sur le processus et les habiletés nécessaires à une négociation équitable.
- Il est axé sur des principes et sur l'importance d'arriver à un règlement amiable.
- Il permet de tenir compte explicitement des questions identitaires et culturelles, même celles qui sont profondes, dans la négociation.
- Il encourage la pleine participation des intéressés en tenant compte du milieu dans lequel la négociation se déroule.

Les inconvénients du processus de la Ridgewood Foundation sont les suivants :

- Il est actuellement conçu pour la résolution collective de conflits.
- Les séances de formation et de négociation ajoutent aux coûts du processus.
- La coopération des parties est nécessaire.

La médiation

La médiation consiste à faire appel à un tiers neutre qui a pour mandat d'aider les parties à régler leur litige entre eux par consensus, autrement dit à s'entendre. La séance de médiation est animée par le médiateur, dont l'apport consiste à guider les parties, à éviter les dérapages, à cerner les problèmes, à inciter les parties à en traiter de manière appropriée et à faciliter la communication. Le médiateur intervient fréquemment pour aider les parties à trouver une entente, ce qui distingue cette formule de la négociation. Cependant, il ne prend pas de décision et ne propose pas de solution[97]. L'entente qui résultera du processus est l'aboutissement de l'interaction entre les parties, et ce qui est important dans la médiation, c'est que les parties ont le pouvoir de régler la question et de signer l'entente elles-mêmes.

Le but du médiateur est d'établir des conditions propices, de susciter la confiance et d'aménager un processus juste et neutre qui encourage les parties à communiquer. La médiation est un processus de coopération; par conséquent, elle peut s'avérer difficile si les parties ne sont pas consentantes[98].

---

[96] J. Rothman, *Resolving Identity-Based Conflict in Nations, Organizations, and Communities*, San Francisco, Jossey-Bass, 1997 aux pp. 12-13.

[97] J. MacFarlane,« Mediation (Introduction) » dans *Dispute Resolution Readings and Case Studies*, J. MacFarlane, dir., Toronto, Emond Montgomery, 1999, 257 à la p. 257 [MacFarlane].

[98] Ce genre de problème se produit surtout dans les cas de médiation obligatoire, prévus dans le processus de gestion des causes judiciaires en Ontario (nous y reviendrons plus loin dans le corps de notre étude). Il faut cependant souligner que l'hésitation ou la réticence d'une partie n'est pas forcément annonciatrice de mauvaise

(à suivre...)

Une séance de médiation se déroule généralement à bâtons rompus et permet aux intervenants d'exprimer leurs émotions et leurs inquiétudes. On s'entend d'abord sur des règles de communication, comme l'interdiction des commentaires désobligeants. Le processus accorde beaucoup de place aux parties, en ce sens qu'il demande à chacun de faire l'effort d'exprimer ses intérêts et ses émotions tout en essayant d'écouter et d'entendre le point de vue et l'expérience de l'autre. Il faut que les parties s'impliquent pour arriver à une entente.

Dans la plupart des cas, les rencontres sont tenues « sous toutes réserves »; autrement dit, rien de ce que les parties peuvent dire, ni aucune information communiquée à cette occasion, ne peut être retenu contre l'un ou l'autre dans un autre contexte, par exemple devant un tribunal. À moins que l'entente ne prévoie d'autres modalités, l'exécution de l'accord qui résulte d'une médiation relève du droit conventionnel.

Un des inconvénients de la médiation réside dans le fait que les parties peuvent ne pas s'entendre. Dans ce cas, les frais et le temps consacrés à cette opération, qui figurent généralement parmi les avantages quand on parle de règlement extrajudiciaire, s'ajoutent au contraire aux dépenses que les parties devront consentir pour régler leur problème[99]. Par ailleurs, comme dans la négociation, il peut exister un déséquilibre dans le rapport de force. Pour rectifier la situation, certains médiateurs demanderont aux parties de se tenir dans des pièces séparées. Cette méthode peut s'avérer utile dans les cas où il y a eu violence domestique; cependant, les résultats sont inégaux, selon les parties et les méthodes du médiateur.

Les formules mixtes

Il n'existe aucune définition précise de la formule mixte, mais si on imagine un continuum qui commence par la négociation - soit le processus de règlement extrajudiciaire qui est le plus éloigné de la voie judiciaire, laquelle se trouve à l'autre extrémité du spectre -, la médiation sera le deuxième élément, et elle sera suivie de formules relevant à la fois de l'évaluation, des formules parajudiciaires, de la médiation et de la négociation. C'est ce qu'on appelle les formules mixtes[100]. On fait toujours appel à un tiers neutre, mais celui-ci procède cette fois à une évaluation non contraignante d'un aspect du litige. Cette évaluation peut porter, par exemple, sur les faits, sur les points de droit ou sur les résultats probables d'une démarche judiciaire[101]. Il incombe toujours aux parties d'arriver à une entente pour se sentir maîtres de leur destin : appropriation de l'issue du processus, processus « sous toute réserve » et confidentialité, autant d'éléments absents du règlement judiciaire.

Les formules mixtes les plus courantes actuellement sont des programmes adjoints au règlement judiciaire; ils comprennent : les miniprocès privés, les séances dirigées, l'évaluation préliminaire, le procès sommaire avec jury, le miniprocès judiciaire, la gestion de cause et

---

[98](...suite)
foi. Le problème peut être résolu si le médiateur explique correctement aux intéressés la nature du processus et leur apprend à en tirer partie.

[99] Il se peut que les parties se soit fait représenter par un avocat tout au long de la médiation.

[100] Ellen Zweibel, « Hybrid Processes: Using Evaluation To Build Consensus (Introduction) » dans MacFarlane, *supra* note 97 à la p. 463 [Zweibel].

[101] *Ibid.*

l'enquête par un ombudsman[102]. Nous verrons plus loin le cas de la gestion des causes en Ontario. Les formules mixtes peuvent être obligatoires dans certaines situations déterminées par la loi, ce que nous verrons aussi plus loin.

À certains égards, les formules mixtes sont controversées, car elles soulèvent des questions de chevauchement, ce qui les rend plus complexes que la médiation ou la négociation. Comme pour les autres mécanismes de règlement extrajudiciaire, l'efficacité de ces formules est directement liée à l'habileté du tiers neutre et à sa compétence dans le domaine en cause.

Canada

Les formules mixtes prescrites par la loi

Comme nous l'avons vu plus haut, une loi peut rendre obligatoire une formule mixte. Prenons l'exemple de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*[103], qui constitue une entente d'autonomie gouvernementale découlant de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* et de la *Convention du Nord-Est québécois* conclues en 1975 et 1978 respectivement avec les Cris et les Inuits du Nord du Québec. Les ententes comme telles ne comprennent pas de modalités de règlement extrajudiciaire, mais c'est le cas de la *LCNQ* et des ententes de mise en oeuvre qui ont suivi[104]. La partie XII de la *LCNQ* prévoit la création de la Commission crie-naskapie, qui a pour mandat de mener des enquêtes privées sur les plaintes portant sur l'application ou la non-application de la CBJNQ, de la CNEQ ou de la *LCNQ*[105]. La Commission, qui constitue une formule hybride, se heurte aux mêmes limitations que la Commission des revendications des Indiens et que les ombudsmans : leurs recommandations ne lient pas les parties.

Certaines ententes de mise en oeuvre prévoient un mécanisme de règlement extrajudiciaire à trois paliers commençant par la consultation, suivie de la médiation puis de l'arbitrage. Une négociation avec médiateur portant sur l'entente de mise en oeuvre conclue entre le Canada et la société Makivik, qui représente les Inuits de la Baie-James et du Nord québécois, en septembre 1990, a suivi cette formule[106].

La gestion des causes en Ontario

Comme nous l'avons vu précédemment, l'évaluation par un tiers peut constituer un volet important des mécanismes de règlement extrajudiciaire; il s'agit souvent d'une sorte de contact avec la réalité pour les parties. La gestion des causes, que l'on appelle aussi évaluation préliminaire ou *early neutral evaluation (ENE)** dans certaines provinces, comporte

---

[102] Institute on Governance, *supra* note 90 à la p. 9.

[103] *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, L.C. 1984, c. 18 [*LCNQ*].

[104] L. Axon, *L'application des méthodes de règlement extrajudiciaires des différends du ministère des Affaires indiennes et du Nord : inventaire des activités et processus de règlement des différends*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1994 à la p. 40 [Application des MRE].

[105] *LCNQ*, *supra* note 103, art. 158-172.

[106] Application of ADR, *supra* note 104.

*N.d.T. : Évaluation première impartiale [**Traduction du Bureau de la traduction.**]

cet élément. Dans le système de gestion des causes de l'Ontario[107], un juge ou un protonotaire procède à une évaluation objective et non contraignante de la position des parties et de l'issue probable du procès pendant la conférence relative à la cause. Les parties peuvent reconnaître cette évaluation ou non, et elles peuvent aussi s'entendre pendant cette séance à la suite de l'évaluation du juge ou du protonotaire. Le protonotaire ou le juge qui préside la conférence relative à la cause n'est pas nécessairement celui qui présidera le procès ou l'audience qui suivra[108].

En vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, les protonotaires chargés de la gestion des causes sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil[109]. Pour être admissible, le candidat doit avoir été juge ou membre du Barreau d'une province ou d'un territoire depuis un certain temps prévu par règlement[110]. Sauf quelques exceptions, comme les cas de règlement extrajudiciaire, le protonotaire applique les mêmes règles de preuve et de procédure qu' à la Cour provinciale[111].

Dans le cadre de ce processus, les parties doivent participer à une médiation obligatoire[112]. Le demandeur doit respecter un délai précis pour faire connaître au coordonnateur le nom du médiateur qu'il choisit, et une limite de temps est également imposée pour la médiation elle-même, à moins qu'une exception judiciaire ne soit ordonnée. Si le demandeur ne choisit pas de médiateur, c'est le coordonnateur qui en nomme un, à partir d'une liste tenue par le comité local de médiation[113].

Si une partie ne respecte pas les formalités préalables à la séance de médiation ou ne se présente pas à une séance avec son avocat le cas échéant, le coordonnateur dépose un certificat de défaut de se conformer[114]. Ce certificat est renvoyé à un juge ou à un protonotaire chargé de la gestion des causes, et plusieurs conséquences peuvent suivre. Par exemple, le protonotaire peut convoquer une conférence relative à la cause et condamner une partie aux

---

[107] Les voies procédurales de gestion des causes, actuellement applicables aux demandes et aux actions à Ottawa et pour une partie des affaires judiciaires de Toronto choisies au hasard, sont régies par l'article 77 des *Règles de procédure civile*, R.R.O 1990, règl. 194. Plusieurs exceptions peuvent s'appliquer selon la nature de l'instance, par exemple si les *Règles de gestion des causes en droit de la famille* s'appliquent (art. 77.01(2)(a)), ou s'il s'agit d'actions hypothécaires (77.01(2)(d.1)), entre autres. La gestion des causes et l'instauration d'une voie accélérée réduisant le nombre d'étapes préliminaires à l'audience, ont pour but de réduire la charge de travail des tribunaux en Ontario.

[108] Ontario, *Règles de procédure civile*, art. 77.13(8) [Règles de l'Ontario].

[109] *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 86.1 [*LTJO*].

[110] *Ibid.*, art. 86.1(2).

[111] *Ibid.*, art. 86.1(7)-(8) et 87(2)-(3).

[112] Règles de l'Ontario, *supra* note 108, art. 24.1.01-24.1.17.

[113] *Ibid.*, art. 24.1.07. (Le comité de médiation, dont les membres sont nommés par le Procureur général de l'Ontario et qui comprend des gens ayant divers types d'expérience dans le domaine juridique, des médiateurs, des représentants du grand public et éventuellement un juge, surveille les médiateurs et est saisi des plaintes portées contre eux.)

[114] *Ibid.*, art. 24.1.10(5) et 24.1.12.

dépens, radier des documents, établir un calendrier de l'instruction de l'affaire, rejeter l'action ou rendre une ordonnance adaptée à la situation[115].

Conformément aux caractéristiques de la médiation vues précédemment, le processus de médiation obligatoire est confidentiel et se déroule « sous toute réserve ». Dans les dix jours suivant la fin de la médiation, le médiateur remet un rapport au coordonnateur et aux parties. Si une entente a été signée, on peut demander un jugement d'homologation de la transaction afin d'en faciliter l'exécution. La cour peut ordonner la poursuite de la médiation, avec le consentement des parties, à tout moment[116]. Si la médiation échoue, l'instance se poursuit, et on tient alors une conférence relative à la cause présidée par un protonotaire ou un juge.

Tous les documents doivent avoir été produits, et l'interrogatoire préalable effectué, au moment de la conférence relative à la cause. Le protonotaire a le temps de prendre connaissance des documents pour faire une analyse de l'objet du litige, des faits en cause et du droit applicable. Chaque partie présente un mémoire avant la conférence. Le protonotaire est en mesure d'évaluer l'issue probable de la demande ou de la poursuite en fonction des forces et des faiblesses de chaque position et en discute avec les parties. Une date est fixée pour le procès soit par le protonotaire, soit par un juge. Si aucune entente n'est conclue à cette étape, le tribunal est saisi de l'affaire et statue sur elle de façon unilatérale.

Quels aspects des systèmes de gestion des causes peuvent s'avérer utiles dans le partage des biens matrimoniaux situés dans une réserve? Pour répondre à cette question, il pourrait être utile de se reporter à certains travaux récents effectués dans le domaine du droit canadien de la famille. En particulier, il a été fait mention du *Special Masters Program* de Californie lors de consultations tenues au Canada au sujet de l'« intérêt de l'enfant » et de la médiation ou de la médiation obligatoire pour le règlement de problèmes de garde et d'accès lors d'un divorce ou d'une rupture[117]. À ce sujet, on a dit [TRADUCTION] qu'« [i]l serait profitable d'évaluer le *Special Masters Program* de la Californie en vue de son application éventuelle au Canada. Un "avocat spécial" est une personne capable de traiter des questions familiales mais qui exerce le droit en dehors du système judiciaire[118]. » Les protonotaires spéciaux de Californie font de la médiation, de l'arbitrage et des évaluations. Le participant doit venir d'un secteur où il n'y a pas de gestion des causes par un protonotaire[119]. Le professeur Zweibel commente une étude portant sur la gestion des causes en Californie, soit les mécanismes d'évaluation première impartiale, dans son chapitre traitant des formules mixtes. Une des différences dont elle fait état entre la méthode ontarienne et la méthode californienne est la suivante : en Californie, la

---

[115] *Ibid.*, art. 24.1.13(2).

[116] *Ibid.*, art. 24.1.16.

[117] IER Planning, Research and Management Services, « Droits de garde et de visite et pensions alimentaires pour enfants au Canada, Rapport sur les consultations fédérales-provinciales-territoriales » (présenté au Comité fédéral-provincial-territorial du droit de la famille), Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, à la p. 71, en ligne : Justice Canada http://canada.justice.gc.ca/fr/cons/fpt_cons/toc.html ,.

[118] *Ibid.* [N.d.T : Version française officielle du document. Les traducteurs ont choisi ici de traduire "master" par « avocat ». La terminologie ontarienne, qui parle de « protonotaire », sera préférée ici (Bureau de la traduction).]

[119] Il y a à Toronto les *Règles de gestion des causes en droit de la famille*, Règl. de l'Ont. 704/91, pour la gestion des causes relevant du droit de la famille. On peut profiter d'un service de gestion des causes civiles dans les districts d'Algoma et d'Essex.

conférence relative à la cause a lieu avant l'interrogatoire préalable. Elle fait observer que par conséquent, les parties n'ont pas nécessairement toute l'information dont elles ont besoin pour prendre des décisions appropriées en vue d'un accord[120]. Cependant, en Ontario, la médiation obligatoire se déroule dans les mêmes circonstances. Dans le mécanisme ontarien, il est possible d'approfondir toutes les questions si les parties y consentent.

Dans leur analyse de l'étude californienne, Rosenberg et Folberg soulignent qu'un des avantages liés à la participation d'un avocat au processus d'évaluation première impartiale réside dans la réévaluation du fond du litige en fonction d'une meilleure compréhension des faits et du droit et d'une clarification de la problématique[121]. Selon les auteurs, les différences observées dans les conditions du règlement amiable s'expliquent par le fait que les parties comprenaient mieux les faits et le droit grâce à l'évaluation première impartiale, [TRADUCTION] « plutôt que par des frustrations ou des pressions externes, comme on pourrait l'observer pour d'autres types de règlements amiables »[122]. Un règlement imposé par un tribunal pourrait provoquer ce genre de réaction. On note cependant un inconvénient du processus de gestion des causes de la Californie relativement aux différences de styles imposés par l'évaluateur pendant les séances, malgré la formation reçue. Par exemple, si l'évaluateur a une formation de médiateur, les séances d'évaluation première impartiale ressemblent à des séances de médiation et accordent beaucoup de place à l'interaction entre les parties; si au contraire il s'intéresse davantage à l'interrogatoire préalable, il n'y a presque pas de discussion en vue d'un règlement amiable[123].

Comme dans tout processus de médiation, le style du médiateur est important. Les médiateurs figurant dans les listes locales peuvent avoir des styles différents, ce qui peut se traduire par des résultats différents. Ces différences sont tempérées par la présence du comité de médiation. Le modèle de gestion des causes en Ontario permet que la médiation et la conférence relative à la cause se déroulent séparément. Bien que les protonotaires ne bénéficient pas d'une formation spéciale pour animer les conférences, ils ont un mandat de sept ans[124] qui permet une certaine continuité.

En résumé, nous estimons que les aspects avantageux du système de gestion des causes en Ontario sont les suivants :

- Il fournit un cadre au règlement amiable.
- Il permet une évaluation objective des arguments des parties et des questions de droit.
- Il prévoit une conférence relative à la cause qui permet aux parties de confronter leur vision personnelle à la réalité.
- Il permet une exécution judiciaire de l'entente conclue.

---

[120] Zweibel, *supra* note 100 aux pp. 489-90.

[121] H. Jay Folberg et Joshua D. Rosenberg, « Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis » 46 Stanford L.R. 1486 à la p. 1538, cité dans E. Zweibel, *ibid.* aux pp. 490-91.

[122] *Ibid.* à la p. 491[**Traduction du Bureau de la traduction.**]

[123] Zweibel, *supra* note 100 à la p. 491.

[124] *LTJO*, *supra* note 109, art. 86.1(3).

Les inconvénients sont les suivants :

- Il s'agit encore d'un processus judiciaire; par conséquent, si les parties ne s'entendent pas, il y aura procès ou audience pour qu'un juge tranche.
- Il a pour but de réduire les frais mais pourrait augmenter les dépenses des parties si la médiation s'éternise ou si l'affaire aboutit au tribunal.
- L'évaluation du juge ou du protonotaire à la conférence relative à la cause ne lie pas les parties .

Les instances parajudiciaires

L'arbitrage

Les tribunaux administratifs, qui ont fait l'objet d'une section à part entière au début de notre étude, constituent des instances parajudiciaires puisque les personnes qui y participent appliquent la loi, mais elles sont hors de l'appareil judiciaire proprement dit. L'arbitrage est un processus parajudiciaire qui se rapproche davantage du pôle judiciaire dans le continuum des mécanismes de règlement extrajudiciaire. En effet, dans ce cas-ci, le tiers neutre rend une sentence.

On peut recourir à l'arbitrage comme premier moyen de résoudre un conflit ou comme dernier recours après que d'autres formules, comme la négociation ou la médiation, se sont soldées par une impasse. En arbitrage, il n'est plus question de consensus. La sentence arbitrale lie les parties. Si le tiers est chargé du règlement de l'ensemble du conflit, celui-ci n'appartient plus aux parties. Par contre, il se peut aussi qu'une partie seulement du litige soit confiée à l'arbitre. Les conflits de travail sont souvent réglés par arbitrage.

Selon la source du droit à l'arbitrage (loi ou compromis informel), les parties peuvent avoir leur mot à dire sur certains aspects comme la sélection de l'arbitre ou des arbitres, les règles de preuve, la procédure (orale ou écrite), les points particuliers à traiter, les règles de procédure (y compris les délais) et les caractéristiques du règlement. La loi provinciale peut imposer des formalités diverses selon l'objet du litige. Le fait de participer à l'instance donne tout de même un certain pouvoir aux parties.

Un des avantages de l'arbitrage réside dans le fait que les parties sont traitées sur un pied d'égalité, si l'on fait abstraction du problème des ressources dont dispose chacun pour préparer son argumentation écrite et sa plaidoirie orale. Le processus est privé. Les tribunaux verront à l'exécution de la sentence arbitrale sauf en cas d'erreur ou d'appel, ce qui se compare à la situation d'un tribunal administratif et confère une certaine aura à la décision, laquelle invite la retenue judiciaire. Une sentence arbitrale peut aussi être sans appel. Enfin, l'arbitrage est aussi avantageux du point de vue des coûts et des délais, quoique l'on fasse parfois remarquer que les arbitrages sont de plus en plus longs et onéreux[125].

L'inconvénient de l'arbitrage, comme nous l'avons déjà indiqué, c'est que l'arbitre rend sa sentence selon le droit sans tenir compte des points sur lesquels les parties pourraient s'entendre. On arrive donc à un résultat qui s'apparente beaucoup à une décision judiciaire

---

[125] J.W. Hamilton, « Adjudicative Processes » dans MacFarlane, *supra* note 97, 523 à la p. 533.

puisque les deux parties s'opposent et ne peuvent que gagner ou perdre. L'arbitre n'est pas tenu de motiver sa décision[126].

Canada

Le Treaty Four Governance Institute

Le *Treaty Four Governance Institute* s'inscrit dans une démarche collective des onze premières nations visées par le Traité n° 4 en Saskatchewan. Il fait partie du modèle de gouvernance du Traité n° 4 qui favorise l'autodétermination, l'autonomie gouvernementale et le développement des capacités de gouvernance. Le collectif se fonde sur la proclamation et sur la convention du Traité n° 4. L'institut est chargé d'élaborer des modèles de constitutions, de lois et de politiques structurelles pour les premières nations en offrant des services consultatifs professionnels, en coordonnant des projets spéciaux de gouvernance et en fournissant des services de formation en gouvernance[127]. L'institut est voué à l'accessibilité de la justice pour les premières nations et s'intéresse aux façons d'exercer le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Dans la communication qu'il a présentée au Congrès 2002 du CTAC, Daniel Bellegarde, coordonnateur principal de la gouvernance au *Treaty Four Governance Institute*, a indiqué que pour faire justice aux premières nations, il faut recourir aux mécanismes extrajudiciaires. Selon lui, le problème réside dans le fait que les peuples des premières nations ne font pas confiance au système judiciaire canadien; or, la confiance est un aspect fondamental de l'accessibilité et de la participation à un processus juste, ouvert et transparent[128]. Pour répondre aux besoins des onze premières nations du Traité n° 4, l'institut recourt en priorité à la médiation, puis aux mécanismes parajudiciaires dans un deuxième temps, dans le respect de la tradition d'édification de la paix des premières nations. C'est le Droit des premières nations qui est pris pour point de départ ou base de règlement des litiges.

L'objet du *Treaty Four Administrative Tribunal* est de [TRADUCTION] « régler les litiges concernant l'application du droit des premières nations dans le territoire visé par le Traité n° 4 »[129]. La formation saisie est constituée par des personnes provenant du territoire visé par le Traité. L'institut a pour mandat de former les membres des formations, ce qui demande deux ans. Le tribunal a été créé pour répondre aux besoins suivants de la collectivité :

- Les appels internes étaient perçus comme entachés de parti pris et d'inefficacité.
- Les systèmes externes sont trop distants et inefficaces.
- Le règlement des litiges constitue un élément indispensable du développement de la gouvernance.
- On souhaitait introduire les pratiques et les principes « traditionnels » dans le règlement des différends.

---

[126] *Ibid.* à la p. 534.

[127] D.J. Bellegarde, « Treaty Four Governance Institute, The Treaty Four Justice System: Alternative Dispute Resolution Projects », communication présentée au 18e Congrès annuel du CTAC, Ottawa, 4 juin 2002, [non publié] à la p. 6.

[128] *Ibid.* [communication verbale].

[129] *Ibid.* à la p. 14. **[Traduction du Bureau de la traduction.]]**

• On voulait améliorer la qualité de vie (en réglant les différends)[130].

Pour entendre un appel, le tribunal suit une démarche en cinq temps : détermination de la compétence, et d'applicabilité du Traité n° 4, procédure préalable à l'audience, audience, rédaction de la décision et suivi de la décision[131].

Les avocats représentant l'appelant et l'intimé peuvent assister à l'audience mais non y participer. La présidence du tribunal dirige les débats. Chaque partie présente une déclaration liminaire, on fait une étude point par point de l'appel, et les membres de la formation peuvent poser des questions. L'appelant doit prouver le bien-fondé de l'appel. La partie la plus intimidante d'un procès, le contre-interrogatoire, est limitée pendant l'audience. On peut citer comme exemple de décision du tribunal l'affaire de la contestation des élections de la bande des Cowessess, qui faisait état de 15 irrégularités[132]. Le litige a été résolu en six semaines, alors qu'il aurait pu s'étirer deux ans si on s'était adressé à AINC et à la justice[133].

Les mécanismes employés par le *Treaty Four Governance Institute* pour résoudre les litiges entre les onze premières nations sont axés sur la collectivité et dirigés par elle. Les premières nations peuvent avoir une influence directe sur le mandat et sur la structure de l'institut, y compris le tribunal. Selon M. Bellegarde : [TRADUCTION] « la clé de la justice se trouve dans l'accessibilité, dans l'efficacité, dans l'efficience et dans l'impartialité du système »[134].

Le processus donne du pouvoir aux collectivités des premières nations en cause. En effet, les premières nations se plaignent souvent du fait qu'on leur impose des règles et des voies procédurales qui leur sont étrangères. L'institut et le tribunal proposent des conditions nouvelles en créant des mécanismes d'autodétermination. Il n'a pas été question des mesures d'exécution. Dès que l'on accepte de participer au processus, on consent à se plier à la décision du tribunal.

En résumé, nous estimons que les aspects avantageux du *Treaty Four Governance Institute* et du tribunal qui s'y rattache sont les suivants :

- Ils proposent un système de règlement par paliers.
- Le tribunal peut recommander le recours à un mode de règlement extrajudiciaire dans sa décision, contraignante par ailleurs.
- Ils se basent sur le Droit des premières nations.
- Ils sont mandatés, et leur structure est déterminée, par les premières nations collectivement.
- Les coûts pour les parties au litige sont réduits.

---

[130] *Ibid.* à la p. 22.

[131] *Ibid.* à la p. 16.

[132] *Ibid.* à la p. 23.

[133] *Ibid.*

[134] *Ibid.* [communication verbale]. [**Traduction du Bureau de la traduction.**]

- La formation professionnelle est fournie aux membres du tribunal qui proviennent des collectivités visées par le Traité n° 4.
- Le processus évite les décisions unilatérales imposées de l'extérieur.
- Ils proposent une solution de rechange au système judiciaire canadien.

Les inconvénients du *Treaty Four Governance Institute* sont les suivants :

- La compétence de ce tribunal administratif est limitée; il doit s'en tenir à la législation des premières nations, ne peut condamner ni aux dépens ni à des dommages-intérêts, et il n'est pas compétent en matière criminelle.
- Sa bonne marche dépend de l'accord collectif des premières nations, laquelle est difficile à obtenir à grande échelle en raison des conflits de cultures et de traditions.
- Bien que les frais soient moins élevés que pour un tribunal judiciaire, ils peuvent toujours s'avérer prohibitifs pour un particulier.

Police et possession exclusive de la résidence familiale

La police relève normalement des provinces mais, le gouvernement fédéral étant responsable des « Indiens et [des] terres réservées pour les Indiens », elle est du ressort fédéral dans les réserves[135]. Le ministère du Solliciteur général du Canada est responsable de la politique sur la police des premières nations[136] depuis 1992; la Division de la police des Autochtones est chargée de l'administration et de la mise en oeuvre de cette politique. Le Solliciteur général, de concert avec les collectivités des premières nations ou avec leurs instances régionales, ainsi qu'avec les provinces et les territoires, conclut des ententes triparties sur les services de police. Il en résulte que les services sont le plus souvent assurés dans les réserves par le Service de police socio-préventive des premières nations et de la GRC ou par des forces policières créées par la première nation, bien qu'il existe d'autres formules mettant à contribution les forces de police provinciales ou municipales.

Intervention en cas de violence domestique

La ligne de conduite des polices des premières nations en cas de violence familiale s'inspire de celle de la province où se trouve la collectivité. Par conséquent, elle peut varier d'une province, d'une territoire, à l'autre. En Ontario, le modèle d'intervention en cas de violence familiale de la Division des services internes de police comporte les quatre volets suivants :

- violence domestique,
- crimes violents et crimes commis pendant la libération provisoire,
- harcèlement criminel,
- prévention ou intervention en cas d'utilisation d'arme à feu.

La GRC suit une forme modifiée des lignes de conduite provinciales mais ne dispose d'aucune ligne de conduite écrite au sujet des interventions en cas de violence domestique

---

[135] *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91(24), reprise dans L.R.C.1985, ann. II, N° 5.

[136] *Politique sur la police des premières nations*, en ligne : Solliciteur général du Canada, <http://www.sgc.gc.ca/publications/abor_policing/fnpp_handbook_f.pdf>.

dans une réserve. Le modèle ontarien décrit une marche à suivre précise pour les policiers. Voici un sommaire des mesures à prendre pour éloigner la personne violente et laisser les autres membres de la famille rester dans la résidence sur la réserve :

1. La police répond à une plainte de violence. Elle répond à des appels dénonçant des menaces proférées par une personne connue pour être violente, pour avoir enfreint les conditions d'une libération conditionnelle, etc.
2. La police fait enquête. Elle interroge les premiers intéressés ainsi que les témoins. Les policiers s'assurent qu'on s'occupe des enfants et que ceux-ci sont en sûreté pendant l'enquête et les interrogatoires.
3. Après l'enquête, si la police est convaincue qu'il y a eu voie de faits ou infraction au *Code criminel du Canada*[137], elle inculpe.
4. Lorsqu'il y a inculpation, la police peut intervenir pour la sécurité des autres membres de la famille en demandant au juge de paix une ordonnance de restriction (engagement) interdisant au prévenu d'avoir tout contact avec la personne qui vit dans la résidence et de s'approcher à moins de 100 pieds de cette personne ou de la résidence.
5. La police peut appliquer l'ordonnance du juge de paix puisqu'il s'agit d'une ordonnance judiciaire.
6. Après jugement, l'engagement n'est plus valide. La police, de concert avec d'autres prestataires de services de la réserve, comme les services sociaux et les organismes de bien-être, peut formuler des recommandations au sujet du lieu de résidence. La décision appartient en définitive au conseil de bande. Le tribunal ne se prononce pas sur le lieu de résidence[138].

L'ordonnance du juge de paix n'est qu'une solution temporaire. Ce n'est pas une ordonnance permanente de possession exclusive.

Le gendarme Wes Heron de la GRC nous a indiqué qu'on pourrait peut-être résoudre le problème actuel du caractère non applicable de la loi provinciale au partage des biens matrimoniaux dans les réserves en recourant à une combinaison des ententes tripartites et des règlements de bandes[139]. Pour étayer sa proposition, il a cité en exemple la première nation de Lexus Island, à l'île-du-Prince-Édouard, en ce qui concerne la protection des enfants. L'entente tripartite inclut les dispositions des lois de protection de l'enfance applicables dans la réserve. Pour pouvoir aider les autorités provinciales à prendre en charge un enfant dans une réserve, la GRC doit d'abord recevoir par télécopie l'autorisation du travailleur social de la bande en fonction dans la réserve. C'est donc à ce dernier que l'entente tripartite délègue le droit d'autoriser la prise en charge. Sans l'entente, il faudrait que l'autorisation vienne du chef et du conseil[140]. L'auteure n'est pas convaincue, sur le plan juridique, que la combinaison d'une entente tripartite et des règlements de la bande

---

[137] *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[138] Entrevue réalisée par l'auteure auprès de D. Gray, agent de la GRC (20 juillet 2002, à l'administration centrale de la GRC, Ottawa) [Gray] et entrevue réalisée par l'auteure auprès de W. Heron, gendarme de la GRC (15 août 2002, à l'administration centrale de la GRC, Ottawa) [Heron].

[139] Heron, *ibid.*

[140] Heron, *ibid.*

fonctionnerait en ce qui concerne la possession exclusive d'une résidence dans une réserve. Par ailleurs, ce ne sont pas toutes les premières nations qui ont des ententes de police.

L'agent John Syrette, du service de police d'Anishinabek, nous a décrit la difficulté d'engager des poursuites en vertu des règlements d'une bande. Il a expliqué que les premières nations demandent que leurs règlements soient appliqués par les services de police, mais qu'on ne peut poursuivre nulle part les contrevenants. Il a ajouté qu'on n'éprouve aucun problème à faire payer les contraventions au code de la route, mais que les infractions aux règlements posent un problème. La Cour provinciale ne veut pas se charger de l'exécution; les avocats du ministère public semblent ignorer ou mal savoir comment s'y prendre pour poursuivre le délinquant. Le service de police d'Anishinabek a demandé à la Cour provinciale de fixer une date précise chaque mois pour l'audition des cas d'infraction aux règlements des premières nations, mais selon ce qui nous a été rapporté, le problème n'est toujours pas réglé[141].

Il y a lieu de croire qu'on éprouverait le même genre de problème pour l'exécution d'un règlement sur le partage des biens matrimoniaux situés sur une réserve à moins que les pouvoirs et la procédure de poursuite soient clairement établis.

Rôle de la police autochtone dans l'application des règlements extrajudiciaires

Les règlements issus des processus extrajudiciaires décrits précédemment ont principalement pour but de permettre aux parties d'éviter les instances institutionnelles, dont les tribunaux. Cependant, la police ne peut rien faire pour forcer le respect d'une entente ou d'une résolution extrajudiciaire sans ordonnance judiciaire[142]. Dès lors que l'on fait appel à la police pour faire appliquer une entente, on rentre dans le judiciaire et, par conséquent, on sort du domaine de l'extrajudiciaire[143].

La justice réparatrice

Les initiatives de justice réparatrice, tels que les cercles de détermination de la peine, permettent la suspension des poursuites pénales pendant que l'accusé se soumet à une procédure extrajudiciaire reconnue. Il serait hors de notre propos de décrire en détail la nature et les modalités d'application de la justice réparatrice, mais pour nos besoins, précisons ici que le principal objectif de cette pratique, en droit pénal, consiste à réparer la faute sans incarcération. Si la démarche réussit, on laisse tomber les accusations. Si l'accusé ne se conforme pas, le tribunal le remet en accusation et la procédure reprend.

Justice Canada a lancé la Stratégie de justice autochtone (SJA) il y a environ cinq ans. Cette stratégie a notamment pour objectif d'aider les collectivités autochtones à prendre en charge davantage l'administration de la justice, de réduire la criminalité et les taux d'incarcération dans les collectivités autochtones grâce à des programmes de justice et de favoriser l'amélioration du système de justice en fonction des besoins des Autochtones. On compte actuellement 90 initiatives autochtones menées en partenariat dans 280 collectivités dans le cadre de cette stratégie. La collectivité peut opter pour quatre modèles de programme

---

[141] Entrevue effectuée par l'auteur auprès de J. Syrette, agent du service de police d'Anishnabek (9 septembre 2002, Garden River, Ontario).

[142] *Ibid.*

[143] *Ibid.*

: « déjudiciarisation et peines alternatives; cercles communautaires de détermination de la peine et rétablissement de la paix; médiation et arbitrage dans les cas de droit familial et de droit civil; tribunaux de juge de paix et cours tribales »[144].

La Stratégie est liée au Réseau d'apprentissage de la justice applicable aux Autochtones (RAJAA), réseau de bénévoles formés pour animer divers programmes communautaires. Ces bénévoles sont par exemple des membres de la collectivité, des avocats, du personnel des services de justice, des juges, des agents de police ou des agents correctionnels; leur formation les prépare à animer des programmes communautaires tels que les cercles de détermination de la peine, les cercles de maintien de la paix, les comités de justice communautaire, les programmes de déjudiciarisation et les conseil des aînés, entre autres.

Les Services de police autochtones de la GRC font partie des partenaires du RAJAA qui contribuent à la formation des animateurs bénévoles pour leur Programme de justice communautaire[145]. La « carte d'apprentissage » des forums de justice communautaire (FJC) comporte les trois volets suivants :

1. Approche traditionnelle et approche réparatrice : Ce premier volet, exprimé par des mots-clés du FJC, décrit les approches traditionnelles et les approches réparatrices de la justice.
2. Processus des FJC : Ce second volet illustre le processus des forums de justice communautaire (FJC).
3. Théorie des forums de justice communautaire : Le dernier cercle intérieur de la carte d'apprentissage représente la théorie sociologique et psychologique sous-jacente aux FJC[146].

Le but de la formation est d'amener les bénévoles à discuter des questions faisant partie des volets.

Cheryl Joyce, formatrice à la GRC, a visité de nombreuses collectivités autochtones. Elle nous a indiqué que certaines collectivités ont réussi à mettre sur pied un programme de justice communautaire et des comités de justice ainsi qu'à nommer des coordonnateurs; cependant, à ce jour, aucune évaluation de ces collectivités ni de leur taux de succès n'a été effectuée[147].

Les tribunaux autochtones au Canada

Le thème du congrès du printemps 2002 de l'*Indigenous Bar Association*[*] était

---

[144] « Stratégie de justice autochtone », en ligne : Justice Canada <http://canada.justice.gc.ca/fr/ps/ajln/strat.html>.

[145] Le Programme de justice communautaire comprend les conférences familiales de groupe et les modèles de médiation entre la victime et le délinquant.

[146] GRC, Direction des services de police communautaire, contractuels et autochtones, *Forum de justice communautaire - Guide de l'animateur - Les affiches éducatives de la GRC*, Ottawa, GRC, 2002 à la p. 2, en ligne : GRC <http://www.rcmp-grc.gc.ca/pdfs/fcjf.pdf>.

[147] C. Joyce, école des cadets de la GRC, Regina, communication verbale, 10 septembre 2002.

[*] N.d.T. : L'association des avocats autochones.

« *Specialized Tribunals and First Nations Legal Institutions* »". Selon une des communications, le Canada aurait besoin notamment d'un tribunal des droits des ancestraux et des droits issus des traités. Ce tribunal s'occuperait des droits issus des traités et de [TRADUCTION] « la réglementation de la relation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones dans le cadre et hors du cadre de la négociation des traités »[148]. Universitaires et associations autochtones réclament déjà un troisième système judiciaire pour les Autochtones du Canada, afin de régler le problème de la surreprésentation des Autochtones devant la justice pénale. Dans sa communication au congrès du printemps, James (Sakej) Youngblood Henderson a invoqué la suprématie constitutionnelle des peuples autochtones au Canada et la théorie judiciaire de la convergence des droits et des pouvoirs pour défendre l'institution d'un procureur général autochtone qui serait chargé de protéger les droits ancestraux et les droits issus des traités[149].

Dans le numéro de juin-juillet 2002 du *National*, journal de l'Association du barreau canadien, on trouve une description de trois tribunaux canadiens réservés aux Autochtones. L'article, signé par Amy Jo Ehman sous le titre *A People's Justice*, traite brièvement de la *Saskatchewan Cree Court*, du programme *Peacemaking* de la nation Tsuu T'ina près de Calgary (Alberta) et de la *Gladue (Aboriginal Persons) Court* à Toronto, en Ontario[150]. On peut lire, en exergue des articles : [TRADUCTION] « Trois nouveaux tribunaux autochtones trouvent des solutions originales au vieux problème de la justice pour les Canadiens autochtones. » Nous résumons dans les lignes qui suivent les initiatives telles qu'elles sont décrites dans ces articles.

La *Saskatchewan Cree Court*

La *Saskatchewan Cree Court*, fondée en octobre 2001, est la première Cour provinciale de langue crie au Canada[151]. Le juge Gerald Morin, l'avocat de la Couronne Don Bird et l'équipe du tribunal cri ont leur bureau à Prince Albert, mais tiennent des audiences dans trois collectivités du nord de la Saskatchewan[152]. Le cri et l'anglais sont les deux langues du tribunal, et celui-ci fournit les traducteurs. Le juge s'intéresse au comportement du délinquant au-delà de l'infraction et tente de remédier à la situation sans recourir à l'incarcération. De fait, l'emprisonnement est rare : on fait plutôt appel à des programmes extrajudiciaires qui favorisent la réconciliation et la réparation des fautes dans la collectivité.

"N.d.T. : Les tribunaux spécialisés et les institutions juridiques des premières nations.

[148] A. Peeling et M. Stevenson, « The Creation of An Aboriginal and Treaty Rights Court » (communication présentée au congrès du printemps de l'IBA, « Specialized Tribunals and First Nations Legal Institutions », 29-31 mai 2002) [non publié]. [**Traduction du Bureau de la traduction.**]

[149] J.(S.)Y. Henderson, « Aboriginal Attorney General », communication présentée au congrès du printemps de l'IBA Spring, « Specialized Tribunals and First Nations Legal Institutions », 29-31 mai 2002 [non publié].

[150] A.J. Ehman, « A People's Justice » *National* [Association du Barreau canadien] 11:4 (juin-juillet 2002) 12. [N.d.T. : Le journal n'a publié dans sa version française du même numéro qu'un abrégé de l'article, sous le titre « Adaptations nécessaires ».Aussi **les traductions des citations sont du Bureau de la traduction.**]

[151] *Ibid.* à la p. 12 [N.d.T.: La cour crie de Saskatchewan.]

[152] *Ibid.* aux pp. 12-13.

Le programme *Peacemaking* de la nation Tsuu T'ina

Le programme *Peacemaking* de la nation Tsuu T'ina, lancé en octobre 2000, est une initiative de justice traditionnelle dans laquelle la cour provinciale de l'Alberta collabore avec un « pacificateur ». La décision de renvoyer une affaire au programme relève du coordonnateur du programme et de l'avocat de la Couronne. Les aînés de la collectivité ont décrété que les cas d'homicide et d'agression sexuelle n'étaient pas admissibles. De plus, l'accusé doit admettre sa responsabilité, et la victime doit accepter de participer, à ce tribunal qui a l'ovale pour forme[153].

Le tribunal est présidé par le juge Tony Mandamin. Les audiences débutent par une séance de purification et se tiennent deux fois par mois dans les chambres du conseil des Tsuu T'ina. Si un prévenu est choisi pour le programme, son affaire est ajournée par le tribunal et un pacificateur spécialement formé organise et anime un cercle qui comprend [TRADUCTION] « des membres de la collectivité, des aînés, des personnes-ressources, l'accusé et la victime »[154]. Encore une fois, la démarche vise la restitution et la réconciliation au sein de la collectivité. Le cercle décide quelle forme prendront la réconciliation et la restitution, par exemple traitement de désintoxication ou service communautaire. À la fin du processus de pacification, le prévenu recomparaît devant la Cour provinciale pour connaître le dénouement de sa cause, par exemple l'abandon des poursuites ou la prise d'un engagement de ne pas troubler l'ordre public afin d'éviter la récidive. En fait, la démarche prend plus de temps que la procédure pénale régulière, ce qui fait que les dossiers demeurent ouverts plus longtemps[155].

La *Gladue (Aboriginal Persons) Court*

Créée en octobre 2001, la *Gladue (Aboriginal Persons) Court*, pour les Autochtones du centre de Toronto accusés d'une infraction criminelle, siège un jour et demi par semaine au tribunal de l'Ancien hôtel de ville[156]. Après avoir parlé à l'accusé, à ses connaissances et aux responsables des services sociaux, Jonathan Rudin et Mandy Eason, des *Aboriginal Legal Services* de Toronto, font état au tribunal de l'histoire de la vie du prévenu, afin que la peine soit déterminée en connaissance de cause[157]. Sans que la peine soit nécessairement plus courte, on peut éviter l'incarcération en recourant, comme dans le cadre du programme *Peacemaking*, à un traitement de désintoxication obligatoire et à des séances de consultation psychosociale. La participation du prévenu est volontaire. Malheureusement, comme il n'y a pas de cellules pour les femmes, celles-ci

sont détenues dans des tribunaux ordinaires ailleurs[158]. En théorie, cette façon de régler les inculpations au criminel d'Autochtones devrait fonctionner dans d'autres milieux; cependant, l'auteur de l'article fait remarquer que Toronto a l'avantage de pouvoir profiter de services sociaux autochtones, ce qui n'est pas nécessairement le cas dans les localités plus

---

[153] *Ibid.* à la p. 15.

[154] *Ibid.*

[155] *Ibid.* à la p. 16.

[156] *Ibid.* [N.d.T. : La Cour Gladue (des Autochtones).]

[157] *Ibid.*

[158] *Ibid.*

modestes[159].

Conclusion

Les mécanismes de résolution des conflits offerts par les tribunaux administratifs, la fonction d'ombudsman et les modes de règlement extrajudiciaire décrits dans le présent texte comportent diverses caractéristiques dont on pourrait s'inspirer pour régler le problème du partage des biens immobiliers matrimoniaux situés sur une réserve au moment d'une rupture conjugale. L'efficacité de la solution retenue est intimement liée à l'attention qui sera accordée aux différences culturelles et aux traditions des premières nations.

---

[159] *Ibid.*